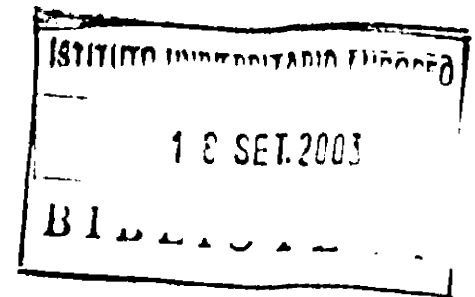




INSTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO

Departamento de Derecho

Susana DE LA SIERRA



**LA TUTELA CAUTELAR CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA:
UNA PERSPECTIVA COMPARADA**

**Los ordenamientos español, francés y alemán en el contexto del
Derecho Administrativo Europeo**

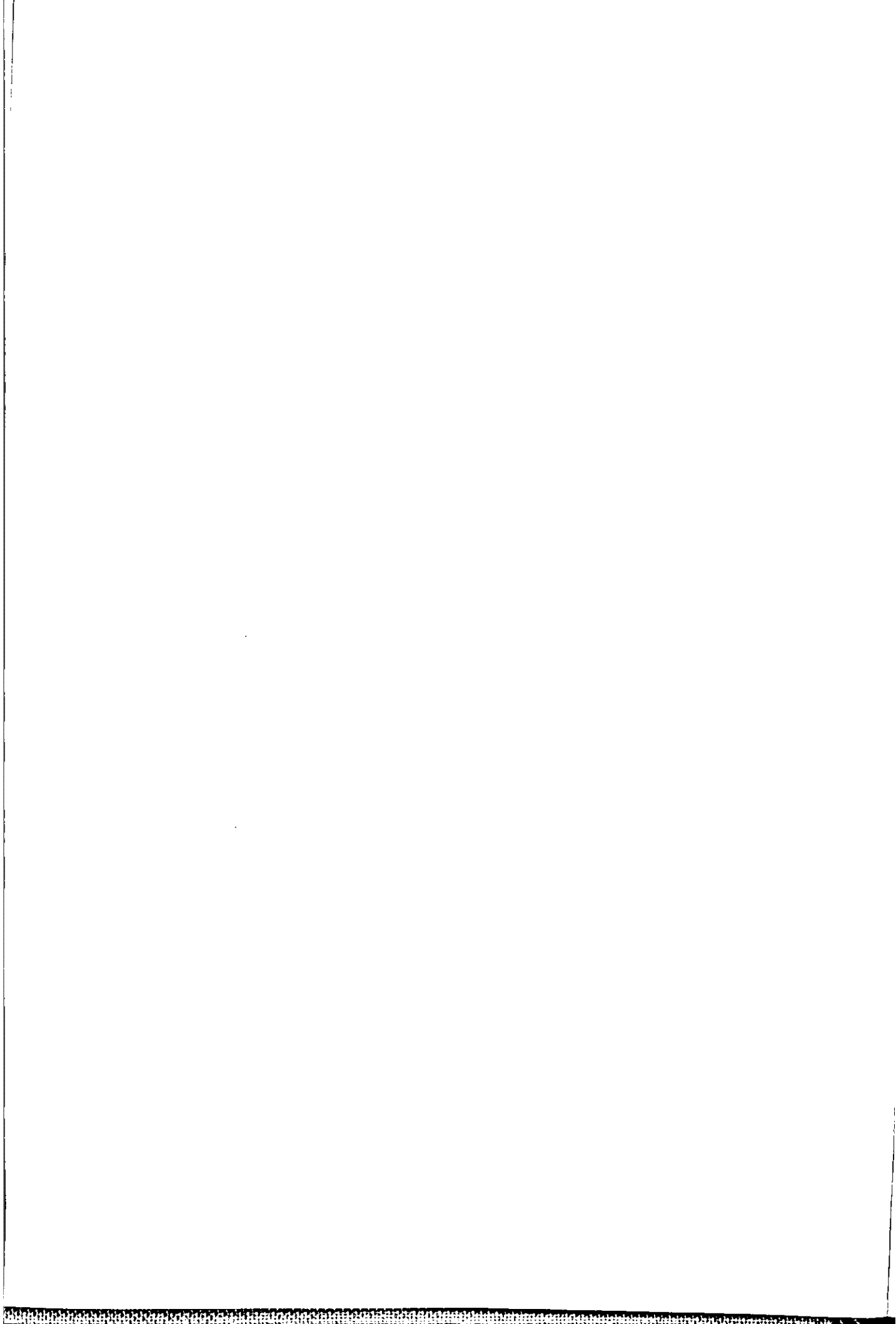
**Memoria de Tesis
depositada para la obtención del título de
Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Europeo**

**Director:
Prof. Jacques Ziller**

**Director externo:
Prof. Luis Martín Rebollo**

**Septiembre de 2003
Florencia**

B/c →



INSTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO

European University Institute



3 0001 0041 1079 9

Departamento de Derecho

2
RCCS

Susana DE LA SIERRA

LAW Gjs9
DEL



**LA TUTELA CAUTELAR CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA:
UNA PERSPECTIVA COMPARADA**

**Los ordenamientos español, francés y alemán en el contexto del
Derecho Administrativo Europeo**

Miembros del Jurado:

Prof. Eduardo García de Enterría (Universidad Complutense, Madrid)

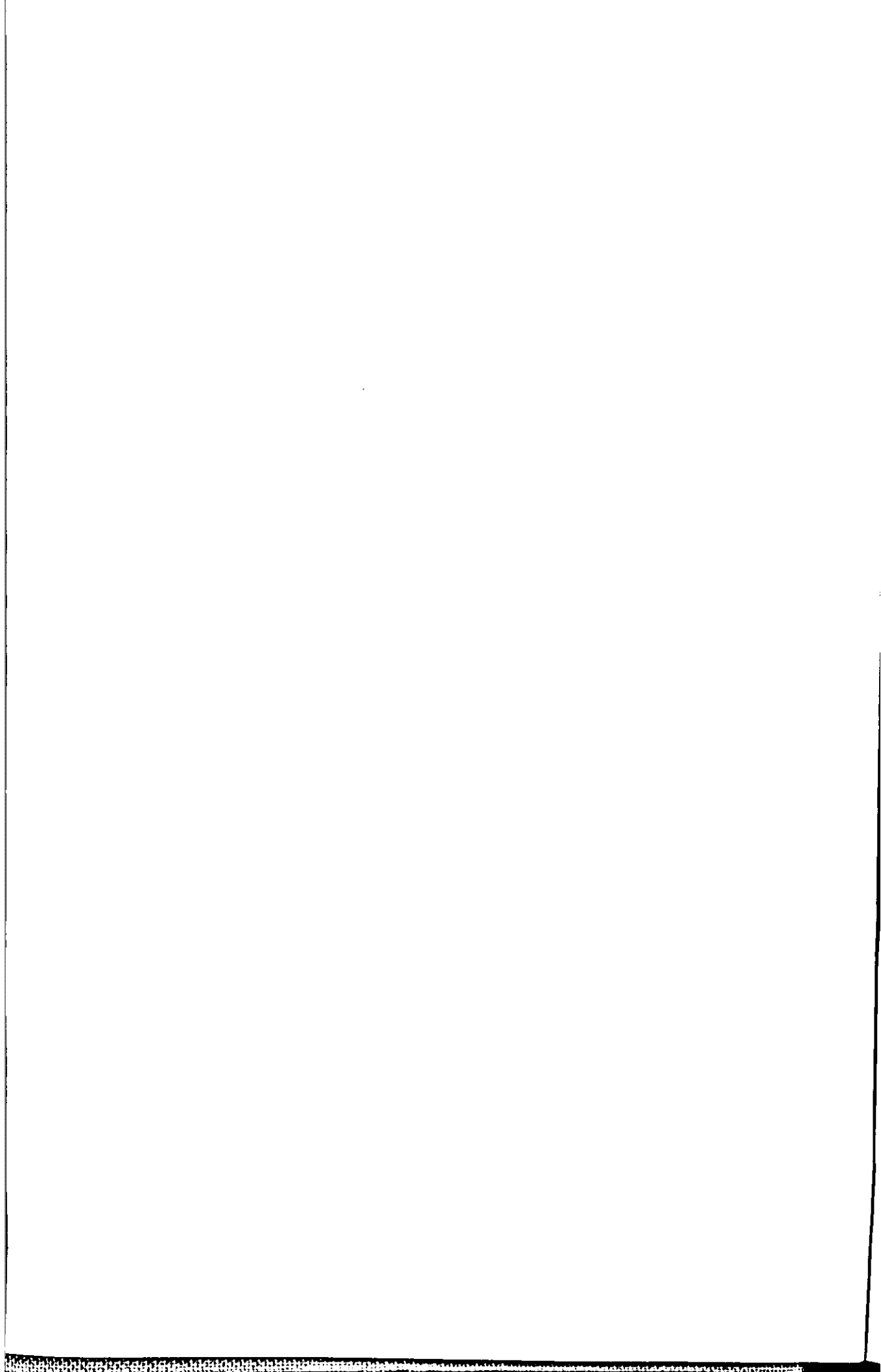
Prof. Karl-Heinz Ladeur (Universidad de Hamburgo/Instituto Universitario Europeo, Florencia)

Prof. Luis Martín Rebollo, Director externo (Universidad de Cantabria)

Prof. Jacques Ziller, Director (Instituto Universitario Europeo, Florencia)

Septiembre de 2003

Florencia



A mis padres, por su confianza y apoyo
A mis abuelos, por dedicarnos - a Silvia y a mí - su tiempo y
su energía
Y a Silvia

*Pero, ¿quién me mandó a mí querer comprender?
¿Quién me dijo que había que comprender?*

Fernando Pessoa [Alberto Caeiro], *El guardador de rebaños*

SUMARIO

ABREVIATURAS.....	p. VII
INTRODUCCIÓN.....	p. 1
CAPÍTULO PRIMERO CONTEXTO METODOLÓGICO: DERECHO COMPARADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO	
INTRODUCCIÓN.....	p. 27
I.- EL DERECHO COMPARADO COMO DISCIPLINA.....	p. 28
1.- Una cuestión preliminar: Derecho Comparado vs. Derecho extranjero.....	p. 30
2.- Breve historia del Derecho Comparado.....	p. 33
3.- La comparación en el Derecho Público.....	p. 38
A.- Origen del Derecho Comparado en los ámbitos privado y público.....	p. 39
B.- El aspecto cultural del Derecho Administrativo y su relación con el Derecho Comparado.....	p. 47
4.- El Derecho Público Comparado en el contexto europeo: el Derecho Administrativo Europeo.....	p. 56
II.- EL DERECHO COMPARADO COMO MÉTODO.....	p. 61
1.- Conceptos organizatorios instrumentales: las taxonomías y, en concreto, las familias legales.....	p. 61
2.- El problema lingüístico.....	p. 64
A.- Aproximación a las teorías de la traducción como instrumentos para la comparación. En concreto, la traducción funcional.....	p. 66
a.- Finalidad, función y cultura de destino.....	p. 69
b.- La lealtad al original.....	p. 71
B.- ¿Creación de un metalenguaje?.....	p. 72
3.- Las fuentes: la comparación <i>escalonada</i> (ámbito normativo positivo, jurisprudencia y doctrina).....	p. 74
CAPÍTULO SEGUNDO LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	
INTRODUCCIÓN.....	p. 77
I.- EL CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES.....	p. 79
1.- Precisiones terminológicas.....	p. 80
2.- La creación doctrinal de supraconceptos y su pertinencia en la tutela cautelar....	p. 85
II.- LA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO A TRAVÉS DE SUS CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS.....	p. 88

1.- El concepto de instrumentalidad: reflexiones en torno a la posible autonomía procesal de las medidas cautelares.....	p. 88
2.- La provisionalidad.....	p. 96
3.- La urgencia o sumariedad.....	p. 97
4.- Homogeneidad con las medidas ejecutivas y funcionalidad.....	p. 98
 III.- LA SUPLETORIEDAD DE LA NORMATIVA PROCESAL CIVIL: SIGNIFICADO, ALCANCE Y LÍMITES.....	 p. 102
 IV.- CATEGORÍAS AFINES.....	 p. 107
1.- Anticipación y aseguramiento de la prueba.....	p. 107
2.- Vía de hecho e interdictos.....	p. 111
A.- Aclaraciones terminológicas y conceptuales.....	p. 111
B.- El Derecho positivo.....	p. 115
3.- Procesos autónomos.....	p. 119
4.- Especial mención del debate en el Derecho comunitario.....	p. 122
 CAPÍTULO TERCERO EL CONTEXTO SUPRANACIONAL: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS EXIGENCIAS A LOS JUECES NACIONALES	
INTRODUCCIÓN.....	p. 127
 I.- EL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL EN EUROPA COMO PRESUPUESTO TEÓRICO.....	 p. 130
 II.- LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TUTELA CAUTELAR...	 p. 138
1.- La sentencia <i>Factortame</i>	p. 138
A.- El origen del conflicto y la sentencia del Tribunal de Justicia.....	p. 139
B.- Las conclusiones del Abogado General Tesouro.....	p. 145
2.- Los primeros elementos de una tutela judicial comunitaria: las exigencias del Tribunal de Justicia en <i>Zuckerfabrik</i>	p. 147
3.- Las medidas cautelares positivas: la sentencia <i>Atlanta</i>	p. 155
4.- Un freno a los poderes de los jueces nacionales: la sentencia <i>T. Port</i>	p. 161
5.- El asunto <i>Krüger</i> : equilibrio y tutela cautelar.....	p. 166
 III.- CRÍTICAS AL MODELO.....	 p. 169
 CAPÍTULO CUARTO EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS	
INTRODUCCIÓN.....	p. 173
 I.- LA TUTELA CAUTELAR COMO DERIVACIÓN DEL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	 p. 174
1.- El derecho a una tutela judicial efectiva.....	p. 175
2.- La constitucionalización de la urgencia.....	p. 178
3.- La tutela cautelar y el derecho a una tutela judicial efectiva.....	p. 180

II.- EL PRIVILEGIO DE LA EJECUTIVIDAD Y LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	p. 187
1.- Un privilegio históricamente configurado, socialmente necesario, pero limitado por la Constitución.....	p. 189
2.- España: la constitucionalización del privilegio mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	p. 192
3.- Francia: la permanencia del principio del efecto no suspensivo de los recursos frente a actos administrativos.....	p. 195
4.- Alemania: una jurisprudencia constitucional consolidada y muy elaborada.....	p. 200
5.- El Derecho comunitario.....	p. 204
III.- LAS APORTACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA.....	p. 207
1.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su relación con el Derecho comunitario.....	p. 208
2.- Otros elementos de referencia.....	p. 211

CAPÍTULO QUINTO

EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

INTRODUCCIÓN.....	p. 213
I.- EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA TUTELA CAUTELAR.....	p. 214
II.- RÉGIMEN LEGAL GENERAL.....	p. 219
1.- El sistema español derivado de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.....	p. 224
2.- El Derecho francés tras la reforma de 2000.....	p. 235
3.- La regulación alemana.....	p. 247
A.- La suspensión de actos administrativos.....	p. 251
B.- Las órdenes provisionales.....	p. 252
a.- Las órdenes de aseguramiento.....	p. 254
b.- Las órdenes de regulación.....	p. 255
C.- Otros supuestos.....	p. 257
4.- El Derecho comunitario.....	p. 258
III.- ALGUNOS EJEMPLOS DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL.....	p. 260
1.- El medio ambiente.....	p. 260
2.- Extranjería y asilo político.....	p. 267
3.- Tributos.....	p. 272

CAPÍTULO SEXTO

EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

INTRODUCCIÓN.....	p. 275
I.- EL JUEZ COMPETENTE: LA PROLIFERACIÓN DEL JUEZ ÚNICO.....	p. 277
II.- LA DEMANDA Y LA PRETENSIÓN CAUTELAR.....	p. 284

1.- Instrumentalidad y medidas provisionales.....	p. 285
2.- La formulación de la solicitud.....	p. 289
3.- El desarrollo del procedimiento.....	p. 294
III.- LOS PODERES DEL JUEZ CAUTELAR.....	p. 297
1.- El contenido de la resolución cautelar y los poderes de oficio del juez.....	p. 299
2.- La cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	p. 301
3.- El sistema de contracautelas.....	p. 309
IV.- LOS RECURSOS FRENTE A LOS AUTOS DE MEDIDAS CAUTELARES....	p. 314
1.- Apelación vs. casación.....	p. 314
2.- Los efectos del recurso.....	p. 319
 CAPÍTULO SÉPTIMO LAS CONDICIONES DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: EL <i>PERICULUM IN MORA</i>	
INTRODUCCIÓN.....	p. 323
I.- EL CONCEPTO DE <i>PERICULUM IN MORA</i> Y SU REGULACIÓN LEGAL...	p. 326
1.- La existencia de varias categorías (<i>periculum in mora</i> , perjuicio, urgencia, daño) y la reducción a un mínimo denominador común.....	p. 327
2. Función y consecuencias de la urgencia en las medidas cautelares.....	p. 342
II.- EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL <i>PERICULUM IN MORA</i>	p. 345
1.- Notas generales sobre el tratamiento del perjuicio en la jurisprudencia: su función en la ponderación de intereses.....	p. 348
2.- Las características del perjuicio.....	p. 349
A.- El Derecho español.....	p. 350
B.- El Derecho francés.....	p. 354
C.- El Derecho alemán.....	p. 355
D.- El Derecho comunitario.....	p. 355
3.- Distinción según ámbitos e intereses implicados. El Derecho ambiental.....	p. 357
A.- Intereses ambientales.....	p. 359
B.- Interés ambiental como interés público prevalente.....	p. 361
C.- No prevalencia por ausencia de <i>periculum in mora</i>	p. 364
D.- No prevalencia por ausencia de representatividad.....	p. 366
E.- Concurrencia de intereses ambientales.....	p. 366
F.- Grado de análisis.....	p. 367
4.- La reparabilidad y el perjuicio económico. Una evolución.....	p. 371
 CAPÍTULO OCTAVO LAS CONDICIONES DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: EL <i>FUMUS BONI IURIS</i>	
INTRODUCCIÓN.....	p. 377
I.- EL CONCEPTO DE <i>FUMUS BONI IURIS</i> EN LOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS.....	p. 379

1.- Precisiones lingüísticas y avance del contenido.....	p. 381
2.- La paulatina incorporación del <i>fumus</i> en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.....	p. 386
3.- El significado del <i>fumus</i> : protección de los poderes públicos vs. protección de las garantías individuales.....	p. 396
4.- La restricción normativa a ámbitos específicos del Derecho procesal y del Derecho material.....	p. 401
 II.- ESTRUCTURA DEL <i>FUMUS</i> . HACIA UNA TEORÍA PRIVATIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	p. 406
1.- Teoría general del <i>fumus</i>	p. 408
2.- El <i>fumus</i> en el Derecho Administrativo. La teoría de las nulidades.....	p. 415
A.- Consideraciones instrumentales sobre la nulidad de los actos administrativos. Diferencias y semejanzas en diversos ordenamientos.....	p. 420
B.- Operatividad concreta de la teoría de las nulidades en la tutela cautelar....	p. 424
3.- Las variantes del <i>fumus</i>	p. 426
A.- España: una jurisprudencia joven y titubeante.....	p. 427
B.- Alemania: problemas dogmáticos en la identificación del <i>fumus boni iuris</i> ..	p. 435
C.- Francia: modificación de la expresión que designa el <i>fumus</i> para permitir la entrada de una interpretación más benévola.....	p. 440
D.-El Derecho comunitario.....	p. 446
 III.- LA PROHIBICIÓN DE PREJUZGAR EL FONDO.....	p. 447
1.- Manifestaciones en la legislación y la jurisprudencia.....	p. 449
2.- El contenido de la prohibición de prejuzgar el fondo.....	p. 450

CAPÍTULO NOVENO

LA PONDERACIÓN DE INTERESES: SUSTRATO TEÓRICO Y APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL CONTEXTO DE LA TUTELA CAUTELAR

INTRODUCCIÓN.....	p. 457
 I.- LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN.....	p. 465
1.- Evolución de las aportaciones doctrinales.....	p. 469
2.- Las medidas cautelares como “casos difíciles” y la respuesta judicial.....	p. 480
3.- Ponderación, proporcionalidad y otros conceptos.....	p. 482
4.- Su aplicación en la tutela cautelar.....	p. 487
A.- Algunos apuntes de Derecho positivo y su evolución en la jurisprudencia..	p. 489
a.- La recepción del concepto en el Derecho español.....	p. 489
b.- Las reticencias francesas hacia la aceptación de un criterio de estas características.....	p. 495
c.- El supuesto especial del Derecho alemán.....	p. 515
aa.- La evolución en la doctrina.....	p. 516
bb.- El <i>Tribunal Constitucional Federal</i> y la ponderación de intereses: desarrollo de un método de argumentación y problemas de trasplante.....	p. 523
d.- El Derecho comunitario.....	p. 528
aa.- Influencias recibidas.....	p. 530
bb.- Naturaleza.....	p. 533

cc.- Consideraciones prácticas.....	p. 535
B.- A modo de conclusión: el procedimiento de la ponderación.....	p. 537
II.- LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN EL CONTEXTO DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO CARACTERIZADO POR UNA PLURALIDAD CRECIENTE DE INTERESES EN JUEGO.....	p. 538
1.- Presupuestos teóricos.....	p. 540
A.- La heterogeneidad de los intereses públicos.....	p. 543
B.- Precisiones conceptuales: interés público, interés general e interés colectivo.....	p. 546
2.- La regulación del interés público en la tutela cautelar.....	p. 548
3.- El interés público como correctivo de la resolución cautelar.....	p. 554
CONCLUSIONES.....	p. 557
BIBLIOGRAFÍA.....	p. 605
ENGLISH SUMMARY	p. 643

ABREVIATURAS

AJDA	<i>L'Actualité Juridique-Droit Administratif</i>
apart.	apartado
art.	artículo
as.	Asunto
as.ac.	Asuntos acumulados
Ar.	Referencia a la base de datos de legislación y jurisprudencia "Aranzadi"
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BVerwG	<i>Bundesverwaltungsgericht</i> (Tribunal Administrativo Federal alemán)
BVerfGE	Resolución del Tribunal Constitucional alemán
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	Fuente ya citada en el trabajo
CJA	Código de Justicia Administrativa francés, en vigor desde el 1 de enero de 2001
CMLR	<i>Common Market Law Review</i>
CTA-TAA	Código francés de Tribunales Administrativos de Primera Instancia y de Tribunales Administrativos de Apelación
D	<i>Dalloz</i>
DÖV	<i>Die öffentliche Verwaltung</i>
DVB1	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
EDCE	<i>Études et Documents du Conseil d'État</i>
ELRev	<i>European Law Review</i>
EPL	<i>European Public Law</i>
EPLR	<i>European Public Law Review</i>
ETJCE	Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europeas
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LJ	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa
LO	Ley Orgánica
NJW	<i>Neue Juristische Wochenzeitschrift</i>
OVG	<i>Oberverwaltungsgericht</i> (Tribunal Administrativo de Apelación en Alemania)
p.	Página
Párr.	Párrafo
RAP	<i>Revista de Administración Pública</i>
RDP	<i>Revue de Droit Public</i>
Rec.	Recopilación de las sentencias del Tribunal de Justicia
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>

REDC	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
RFDA	<i>Revue Française de Droit Administratif</i>
RIDC	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
RPTJ	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia
RPTPI	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia
RVAP	<i>Revista Vasca de Administración Pública</i>
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TA	Tribunal Administrativo (Francia)
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TJ	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
V.	Véase
Vid.	Véase
Vgr.	Verbigracia
VwGO	<i>Verwaltungsgerichtsordnung</i> (ley alemana de la jurisdicción contencioso-administrativa)
ZaöRV	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Ley Procesal Civil alemana)

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como origen diversas preocupaciones y consideraciones de índole teórica y práctica. En lugar destacado se encuentra el estudio de la paulatina consolidación de un Derecho Administrativo Europeo, estudio que requiere analizar los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales y supranacionales, así como las relaciones mutuas y los fenómenos de contagio entre unos y otros. En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, se ha de mencionar el método comparado, tanto las teorías elaboradas al respecto, como su aplicación práctica no sólo por la doctrina, sino también por los operadores jurídicos, sean éstos el legislador, la Administración o los Tribunales. En tercer lugar, me interesa el contexto que rodea al Derecho Administrativo, que es fruto de la tensión clásica entre poder y libertad, pero que supera esta definición, adentrándose en los misterios de la cultura, la política y la economía de una sociedad determinada en un momento concreto.

1.- Tutela cautelar y Derecho Administrativo Europeo

Estas premisas suscitaron la elección de la tutela cautelar como objeto de la tesis doctoral y condicionaron la perspectiva adoptada en la misma. Se trata de una cuestión que ha sido identificada hace ya tiempo como uno de los más destacados ejemplos de la europeización del Derecho Administrativo nacional. Sin embargo, y pese a la multitud de escritos sobre la materia que evidencian la relevancia de la misma, apenas existen contribuciones que analicen la globalidad del fenómeno, es decir, no sólo la comunitarización del Derecho nacional, sino también la influencia de otras normas supranacionales - como la Convención Europea de Derechos Humanos o incluso el sistema de la Organización Mundial del Comercio -, o bien el fenómeno contrario, esto es, las aportaciones del Derecho nacional al Derecho comunitario. Con ello, además, se

identificarían las carencias o deficiencias del modelo elaborado por las instituciones de Bruselas y Luxemburgo.

De otro lado, la comparación de modelos de tutela cautelar se ha realizado hasta la fecha partiendo, por lo general, del Derecho escrito, sin adentrarse en la confrontación de las interpretaciones jurisprudenciales. Además, tampoco suele ser habitual que se comparen problemas o cuestiones *in concreto*, sino que el procedimiento suele consistir en la yuxtaposición de las descripciones de los sistemas, con ciertas referencias cruzadas, pero limitándose a exponer los rasgos generales de cada uno de ellos.

En consecuencia, he optado por partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considerada señera para el desarrollo de una tutela cautelar en Europa, a saber: las sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales, sentencias que comienzan con el conocido asunto *Factortame*, seguido de *Zuckerfabrik* y *Atlanta*, y que suscitaron en su día abundantes reacciones doctrinales tanto positivas como negativas. De dichas resoluciones he estimado oportuno identificar y estudiar separadamente diversas cuestiones relevantes desde el punto de vista comparado, aun cuando el auténtico objeto de atención de la investigación sean las condiciones materiales de adopción de las medidas cautelares, esto es, los criterios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, así como la categoría conceptual de la ponderación de intereses.

Para poder adentrarme en el análisis de estas cuestiones, sin embargo, era necesario explicar previamente otras que configuran el contexto que permite aprehender su auténtico significado. Por todo ello, junto a la exposición de la jurisprudencia comunitaria que constituye el punto de partida de este trabajo, he situado la descripción de las bases constitucionales y legales en las que se inserta cada sistema, así como unas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, en las

que, además, se plantea la posible gestación de nuevas instituciones jurídicas de carácter sumario acordes con las exigencias socio-procesales actuales. La finalidad esencial era contrastar el funcionamiento de la tutela cautelar en la práctica de los diversos sistemas comparados, permitiendo de esta manera identificar las carencias o deficiencias de la misma no sólo en los ordenamientos nacionales, sino también, como decía, en el propio Derecho comunitario.

La conclusión de todo ello es un tanto ecléctica, por cuanto no resulta posible ofrecer fórmulas mágicas o soluciones omnivalentes para la adopción de medidas cautelares en todos los supuestos materiales y procesales. Antes al contrario, la tutela cautelar, que siempre se ha visto presidida por un profundo casuismo, sigue las pautas del Derecho Administrativo y del Derecho en general. Sin necesidad de hacer referencia a un Derecho que algún autor ha denominado postmoderno¹, lo cierto es que existe la tendencia a poner el acento en el procedimiento, estableciendo reglas que, de ser seguidas, permiten presumir que el resultado es el acertado, de manera que al juez sólo le va a estar permitido controlar que, en efecto, se han respetado las reglas procedimentales legalmente establecidas. En este sentido, el criterio de la ponderación de intereses entiendo introduce un criterio procedimental en la tutela cautelar. Por ello, el afianzamiento de esta última exige configurar claramente los perfiles de la ponderación de intereses, que, a pesar de presentar dicho carácter (marcadamente) procedimental, permite, y exige desde el punto de vista del principio democrático de representación, la introducción de criterios valorativos por quienes tienen en su mano la competencia para legislar. Para concluir señalaría que, por todo lo anterior, un concepto europeo de tutela cautelar ha de depender asimismo de un concepto europeo de ponderación de intereses, algo a lo que estas páginas tratan de contribuir.

¹ A ello me refiero en el capítulo 9.

2.- El método comparado

El interés personal por la aplicación del método comparado comienza con un trabajo anterior sobre la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos en las jurisprudencias constitucionales española y alemana², utilizando como marco teórico el denominado *Paradigma de la evolución gradual de los textos (Textstufenparadigma)* propuesto por el profesor Peter Häberle.³ Tras esta primera confrontación con las dificultades que plantea la comparación jurídica, el afán por conocer las teorías elaboradas al respecto y por utilizarlas como instrumento de análisis de un eventual Derecho Administrativo Europeo tuvo como consecuencia que optara por emprender una tarea de estas características, introduciendo en la tesis un capítulo completo sobre la metodología empleada. Dicho capítulo se divide en dos partes diferenciadas, pero inevitablemente vinculadas entre sí. La primera de ellas presenta el método comparado como objeto de conocimiento, estudiando el origen y el desarrollo histórico de la disciplina, e indicando cuáles pudieran ser sus especialidades en el Derecho Administrativo. La segunda parte se centra en cuestiones de índole práctica que afectan a la aplicación del método, dedicando singular atención a los problemas lingüísticos y a la compleja superación de los apriorismos culturales, auténticos caballos de batalla del método comparado.

² El trabajo en cuestión es la memoria de LL.M. presentada en la Universidad de Bayreuth en julio de 1999 con el siguiente título: *Die Europäische Menschenrechtskonvention im innerstaatlichen Recht Deutschlands und Spaniens. Positives Recht und Verfassungsrechtsprechung*. De dicha memoria surgió posteriormente un artículo: S. DE LA SIERRA, *Die Europäische Menschenrechtskonvention im innerstaatlichen Recht Spaniens*, Revista jurídica hispano-alemana, 2001, pp. 22ss.

³ Cfr. P. HÄBERLE, *Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates* (1989), recopilado en el volumen del mismo autor "Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer", Duncker & Humblot, Berlín, 1992.

La presente investigación constituye, por tanto, aunque confío que no sólo, un ejercicio metodológico. Si hubiera de definir la actitud que ha presidido su elaboración, y que creo comparten todos los comparatistas, utilizaría el término “precaución”.⁴ La precaución determina la elección de las fuentes, la traducción de los vocablos que designan las instituciones, la lectura de los textos jurídicos extranjeros, la descripción de lo que se ha creído entender, la transcripción de la información y de las experiencias obtenidas por medio de entrevistas o estancias de investigación y, en fin, también ha de estar presente en las conclusiones sobre las semejanzas o diferencias de los institutos que se comparan. El comparatista se encuentra continuamente expuesto al engaño que puede generar su propio comportamiento y, por ello, su frustración e insatisfacción son constantes.

3.- El contexto de las medidas cautelares

La comprensión de las instituciones jurídicas no puede ser completa sin el conocimiento del contexto en el que se gestan y esta afirmación es más real, si cabe, en los trabajos de comparación. Comparar implica tener en cuenta este contexto, si bien resulta arduo seleccionar la información que sobre el mismo se ha de incorporar a las explicaciones. Por regla general, sólo una mínima parte de dicha información contextual se ofrecerá al lector, en la medida en que ello sea necesario al hilo del discurso, con lo que el comparatista se mueve en el difícil equilibrio de la explicación suficiente, ni demasiado escasa, ni demasiado abundante, excesiva o impertinente.

A.- La evolución del concepto de Derecho Administrativo

El contexto que rodea la tutela cautelar y que ha sido tenido en cuenta en la presente investigación se vincula, en primer y más directo lugar, con la propia evolución

⁴ La precaución es una de las muchas preocupaciones del comparatista. Sobre dichas preocupaciones, v. O. LANDO, *The worries of a comparatist*, en “D’ici, d’ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l’honneur de Dennis Tallon”, Société de législation comparée, París, 1999, pp. 139ss.

del Derecho Administrativo y, dentro de él, con la mutación del contencioso-administrativo. Aquí se encuentran ya las primeras dificultades de orden metodológico, dado que no todos los ordenamientos jurídicos que se comparan en el presente trabajo parten de un mismo concepto de Derecho Administrativo, siendo quizás el Derecho comunitario el que presenta las mayores divergencias a este respecto. Además, categorías esenciales del mismo, como la de acto administrativo, se conciben de forma diferente en todos los órdenes, y el sistema de recursos o los poderes del juez de lo contencioso también presentan singularidades propias.

Ello no obstante, el Derecho Administrativo apela a un núcleo común: es el Derecho que configura y controla el ejercicio del poder público atribuido, por lo general, a unos sujetos determinados constitucional y legalmente, que reciben el nombre de Administraciones Públicas. El concepto de Derecho Administrativo Europeo también parece apelar a esta noción de Derecho Administrativo, en la medida en que con él se pretenderían establecer las bases del ejercicio del poder público derivado de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.⁵ Dichas bases derivan indefectiblemente de las tradiciones jurídico-administrativas nacionales, pero poseen perfiles propios dadas las especiales características y la particular evolución de las instituciones supranacionales en las que se han de aplicar. Las influencias mutuas entre todos esos modelos son evidentes y han sido ya puestas de manifiesto por la doctrina en repetidas ocasiones.⁶

⁵ A reserva de las referencias que sobre esta materia se aportarán más adelante, valga por el momento la siguiente: A. GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, Madrid, 1998. El libro es la publicación de la que fue su tesis doctoral en el Instituto Universitario Europeo de Florencia: *A comparative study of the roles of the Commission and national administrations in the supervision and enforcement of EC Law*, 1996. Existe la publicación en inglés de dicha tesis: *The administrative supervision and enforcement of EC Law*, Hart, Portland (Oregon), 1999.

⁶ Una exposición de las diversas tendencias apreciables en la doctrina sobre este fenómeno se encuentra en F. DE QUADROS, *A nova dimensão do direito administrativo. O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Almedina, Coimbra, 1999.

El hecho de que se parta de este concepto básico del Derecho Administrativo, no es óbice - antes al contrario - para que se tengan en consideración determinados debates doctrinales actuales, gestados ante las mutaciones que desde hace algunos años sufre el Derecho Administrativo clásico. Así, el ámbito subjetivo de este Derecho ha de ser revisitado hoy a la luz de los nuevos modelos de organización administrativa que han surgido en los últimos tiempos, tanto a escala supranacional como nacional. Términos como "agencias" o "tercer sector" han suscitado un enorme interés en la doctrina y constituyen un desafío para la determinación del ámbito de actuación del Derecho Administrativo. Las repercusiones en lo que a la tutela cautelar se refiere son esenciales, dado que este tipo de instrumentos procesales difieren en el proceso público y en el proceso privado. Por ello, la determinación del estatuto jurídico a aplicar en esta nueva organización administrativa o paraadministrativa resulta esencial a nuestros efectos. Además, dada la naturaleza híbrida de estos entes, los fenómenos de contagio entre el Derecho Privado y el Derecho Público, también en lo que a su tratamiento procesal se refiere, es probable que sean frecuentes, circunstancia que, de nuevo, presenta enorme interés para su estudio teórico.

En estrecha vinculación con el debate doctrinal en torno al sujeto del Derecho Administrativo se encuentra la mutación de su objeto. Durante largo tiempo se ha hablado de una huída del Derecho Administrativo al sector privado, lo cual no excluía, como se sabe, determinados controles en su ejercicio. Sin embargo, también se ha de mencionar el fenómeno contrario, la creciente intervención de la Administración como reguladora o controladora en ámbitos que tradicionalmente han sido monopolizados por la iniciativa privada, tales como el turismo o el Derecho del consumo.

Desde el punto de vista comunitario, estas mutaciones son, en principio irrelevantes, dado que el Derecho de las Comunidades no atiende a categorías como la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Sin embargo, en lo que a la tutela cautelar se refiere, se ha de señalar que sí se aprecia la existencia de regímenes

diferenciados, de la mano de la jurisprudencia o del legislador comunitario, en función de ámbitos materiales concretos, como son los contratos públicos o el Derecho de la competencia. En qué medida dichos ámbitos materiales se corresponden con lo que tradicionalmente ha sido definido o considerado como Derecho Administrativo es algo que escapa de los estrechos márgenes de la presente investigación, pero sin embargo sí subyace a la misma, dado que, entiendo, existen indicios de una cierta coincidencia de esferas.

Finalmente, en lo que al contencioso se refiere, éste también ha sufrido profundas transformaciones en los últimos tiempos. En primer lugar, la distinción entre modelos clásicos de corte subjetivo y objetivo parece haberse difuminado. El control de la legalidad objetiva y la protección de derechos individuales se confunden en buena parte de los casos. Se ha de añadir, sin embargo, que una misma norma respecto de la cual se controla la legalidad objetiva puede amparar diversas situaciones subjetivas susceptibles de protección. De hecho, en ciertos ámbitos, como es singularmente el del urbanismo, el contencioso ha terminado por convertirse en una disputa entre particulares, bien que derivada de una norma calificada de norma de Derecho público, en la medida en que ha sido emanada de una Administración pública para disciplinar un sector concreto de la realidad, cual es el suelo. De nuevo, esta situación repercute en la tutela cautelar. De un lado, afecta a la suspensión del acto administrativo, que por lo general se ve sometido a un régimen jurídico específico en este tipo de supuestos. De otro lado, genera la aparición de nuevas figuras de tutela cautelar acordes con las constelaciones de intereses que surgen en este modelo híbrido. A estas constelaciones y a los problemas jurídicos que ello plantea me refería más arriba al mencionar lo que se ha denominado un Derecho postmoderno en el que tiene cabida lógica el criterio de la ponderación de intereses.

Otra de las transformaciones del contencioso, aunque probablemente predicable de todos los órdenes jurisdiccionales, es la creciente importancia de la figura del juez

único, cuestión ésta a la que se dedica una reflexión específica en el Capítulo 6. La proliferación de asuntos y los ajustes presupuestarios parecen ser la base común de este fenómeno, pero existen diferencias en lo que a la organización se refiere. Así, mientras en España se crearon propiamente órganos jurisdiccionales unipersonales para los asuntos contencioso-administrativos de primera instancia, en Francia o Alemania existen atribuciones específicas para supuestos concretos. En estos casos, además, no se trata de órganos jurisdiccionales unipersonales, sino de miembros de un colegio de jueces que ejercen funciones por delegación del mismo, quedando por lo general expedita la vía para remitir el asunto al órgano colegiado en los supuestos en los que el juez que conoce del mismo lo estime oportuno. Con ello se salvarían las críticas al adagio “juez único, juez inicuo” que con acierto apunta al temor existente frente a esta figura. A efectos de la presente investigación, la cuestión es más que relevante, dado que la tutela cautelar es, por excelencia, uno de los ámbitos en los que la figura del juez único es abrumadoramente mayoritaria.

En fin, en lo que al contencioso se refiere, otra de las tendencias que se aprecia en su estado actual es la creciente importancia de las vías alternativas de resolución de los conflictos que se suscitan con las Administraciones Públicas. La tardanza de los procesos judiciales y la posibilidad de llegar a un acuerdo que beneficie a ambas partes, respetando, eso sí, los límites constitucionales y legales que determinan la actuación de las Administraciones, ha generado un movimiento favorable al desarrollo de técnicas como los convenios, la conciliación o el arbitraje.⁷ La preocupación subyacente es, por tanto, idéntica a la predicable de la tutela cautelar y, entiendo, ésta puede fomentar la resolución anticipada de los conflictos, tal y como la práctica demuestra en ocasiones. Ello es así dado que, en función del tenor de la medida cautelar adoptada, las partes

⁷ Sobre esta materia v. R. O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi, Elcano, 2001; M. CORTADA ESTEVE, *El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa*, RVAP, 51 (1998), pp. 239ss.; A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000; J. ROSA MORENO, *El arbitraje administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

pueden considerar la oportunidad de avenirse antes del pronunciamiento de la sentencia de fondo. Existen, o han existido, algunas regulaciones al respecto, pero considero que habría de insistirse en este punto y ofrecer una normación más completa de la materia.

B.- Otros condicionantes. En especial, el tiempo

La tutela cautelar responde, además, a otras preocupaciones más tangibles en la vida cotidiana, y se inserta por ello en el espíritu de su época. Los problemas de una justicia tardía son inmediatamente percibidos por el ciudadano medio y su erradicación constituye parte importante de los programas de los partidos políticos mayoritarios. Además, desde un punto de vista económico y, por ende, comunitario, la celeridad que requieren las operaciones mercantiles no casa con una justicia lenta. Si bien dichas operaciones son, en principio, objeto de conocimiento de la jurisdicción civil, el nuevo modelo de Derecho Administrativo al que hacía referencia permite que paulatinamente resulte menos extraño que la jurisdicción contenciosa conozca de algunas de estas cuestiones.

Si el tiempo se acelera en las sociedades occidentales, ello tiene repercusiones en el tiempo procesal. El modelo occidental de proceso, en efecto, resulta acorde con nuestro concepto de tiempo, un concepto lineal, de sucesión de instantes que se vinculan, en una visión tradicional, de modo causal. Es evidente que no se pretende realizar aquí una aproximación siquiera somera al fenómeno temporal, tarea que han acometido en la historia filósofos, físicos, músicos, psicólogos y especialistas de disciplinas varias. Sin embargo, sí querría dejar constancia de esta reflexión, por cuanto considero que ayuda a comprender el condicionamiento cultural al que se encuentra sometido el proceso y, con él, las medidas cautelares. Esta preocupación, no obstante,

no es nueva y de ello dan muestra algunas aportaciones doctrinales⁸ o la celebración de congresos monográficos sobre la materia⁹. Incluso algún autor ha realizado una muy interesante reflexión sobre la posible convergencia de los Derechos Procesales en Europa, tomando como categorías esenciales del análisis los conceptos de tiempo y espacio.¹⁰ En lo que a la tutela cautelar se refiere, si bien el tiempo no constituye objeto de atención monográfica, se trata de una cuestión que se encuentra presente en la totalidad de los estudios que se han ocupado de ella.

4.- Estructura de la obra

El presente trabajo de investigación se inserta en el contexto expuesto anteriormente y se estructura de la siguiente manera. En primer lugar se incluyen dos capítulos que pueden considerarse instrumentales, uno referente al método comparado y otro concerniente a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares. Con este segundo capítulo se pretende establecer un lenguaje común para la comparación, pero también

⁸ P. BEHRENS, *Der Faktor Zeit im Prozeß der Rechtsfindung*, NWVBl, 1996, pp. 121ss.; G. DÜRIG, *Zeit und Rechtsgleichheit*, en "Festschrift Tübinger Juristenfakultät", 1977, pp. 21ss.; P. HABERLE, *Zeit und Verfassungskultur. Zeit und Verfassungsstaat - kulturwissenschaftlich betrachtet*, en H. NÖTH (ed.), "Reflexionen über die Zeit. Öffentliche Vortragsreihe anlässlich des Millenniums", Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Munich, 2000, pp. 57ss. Este último, de hecho, se refiere a la tutela cautelar como problema específico derivado del tiempo en la por él denominada "microdimensión". A diferencia de ésta, que alude a problemas temporales suscitados en el contexto de un concreto sistema normativo, la "macrodimensión" del tiempo apela a la dimensión histórica del Derecho; G. HUSSERL, *Redt und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1955; P. KIRCHHOF, *Veruulten und Zeit. Über gegenwartsbezogenes, rechtzeitiges und zeitgerechtes Veruulten*, Hansischer Gildenverlag/Heitmann, Hamburgo, 1975; S. KIRSTE, *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins. Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997; M. KLOEPFER, *Verfassung und Zeit*, *Der Staat* 13 (1974), pp. 457ss.; S. ROSENNE, *The time factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, 1960; G. WINKLER, *Zeit und Recht. Kritische Anmerkungen zur Zeitgebundenheit des Rechts und des Rechtsdenkens*, Springer, Viena, 1995; Th. WÜRTENBERGER, *Zeiteist und Recht*, Mohr, Tübingen, 2ª ed., 1991. A la importancia del tiempo en el Derecho también se ha referido M. BELADÍEZ en su obra *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 261ss.

⁹ J.-M. COULON/ M.-A. FRISON-ROCHE, *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque organisé le 5 décembre 1995 par le Tribunal de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit, Dalloz, París, 1996

¹⁰ M. STORME, *Le droit judiciaire: e diversitate unitas?*, *Justices*, nº 7 (1997), pp. 69ss.

para la propia comprensión del objeto de estudio. La aceleración del tiempo procesal ha suscitado el surgimiento de una panoplia de instrumentos para paliar los efectos de la lentitud que en muchos de los casos conviven bajo la denominación de “medidas cautelares”, pero que en realidad responden a naturalezas diferentes. Sin negar la utilidad de estos instrumentos, antes al contrario, entiendo que la tutela cautelar sólo puede ofrecer resultados positivos si se la deslinda de otros institutos y se le atribuye un régimen jurídico propio. Las razones apelan fundamentalmente al peligro de la excesiva ralentización de la justicia, que puede derivarse de una superposición de instrumentos procesales tanto cautelares como definitivos. Además, se plantea la autonomía del régimen jurídico de la tutela cautelar en el contencioso-administrativo y, por ello, se estudia el carácter supletorio de la normativa procesal civil, su aplicación y sus límites, concluyendo que la tutela cautelar en el contencioso-administrativo presenta particularidades propias derivadas del propio concepto de Derecho Administrativo.

A continuación, el Capítulo 3 introduce el marco teórico que origina la comparación y que, como mencioné más arriba, parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la que éste resuelve las cuestiones prejudiciales en materia de tutela cautelar planteadas por diversos jueces nacionales. Tras el señero asunto *Factortame*, las sentencias *Zuckerfabrik* y *Atlanta* establecieron los criterios concretos de adopción de medidas cautelares en los supuestos en los que el Derecho comunitario resultara de aplicación. Estos criterios son en extremo vagos, si bien se corresponden, con carácter general, con los existentes en los ordenamientos nacionales. Sin embargo, dado que lo relevante es la aplicación práctica de los mismos por la jurisprudencia y su sistematización por la doctrina, se ha de comparar este aspecto para comprender cuál es su alcance virtual. Sólo de esta manera se podrá contrastar en qué medida los ordenamientos nacionales responden al modelo elaborado por la jurisprudencia de Luxemburgo y, viceversa, sólo así podrán identificarse las lagunas de dicho modelo, en especial en lo que a la protección de los derechos se

refiere, tema éste que durante largos años ha suscitado una encendida discusión entre diversos órganos jurisdiccionales en Europa.

Todo ello enlaza con el Capítulo 4, en el que se trata de identificar el estatuto constitucional de la tutela cautelar. El Tribunal de Justicia ha elaborado una teoría alejada en buena medida de las bases constitucionales que han determinado el desarrollo de esta institución en los Estados Miembros. Así, en especial en lo que concierne al derecho a una tutela judicial efectiva, el Tribunal hubiera debido ser probablemente más explícito y el recurso a un estudio comparado de los logros alcanzados al respecto en los ordenamientos nacionales no creo resulte impertinente. He de señalar, sin embargo, que no se defiende aquí una posición maximalista desde el punto de vista nacional, sino que se trata de indicar lo que considero es algo perfectible en la jurisprudencia del Tribunal.

En otro orden de cosas, además, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, se echa en falta una elaboración más depurada del instituto de la tutela cautelar que diferencie entre distintos sectores del ordenamiento. Si, como decía más arriba, el Derecho comunitario no se rige, en principio, por el clásico binomio Derecho Público/Derecho Privado, sí que establece distinciones de acuerdo con los diversos ámbitos del Derecho material que, en ocasiones, pudieran responder a criterios no demasiado alejados de aquellos que determinaron la aparición del binomio. Por ello, el acudir a la doctrina constitucional nacional, que sí discrimina entre el Derecho Público y el Privado – en la medida en que analiza los privilegios tradicionales de los actos administrativos –, puede arrojar luz en la construcción del modelo. Por todo ello, se expone cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia constitucional en los ordenamientos comparados, jurisprudencia que claramente se desarrolla en el difícil equilibrio entre los privilegios de la Administración, constitucionalmente reconocidos en aras a proteger los intereses públicos, y el derecho a una tutela judicial efectiva de los particulares y de la propia Administración.

Tras la presentación del estatuto constitucional de las medidas cautelares en los términos mencionados, en el Capítulo 5 se desciende al nivel de la legalidad ordinaria. Se comienza con un epígrafe introductorio sobre la organización judicial, incluyendo cuestiones de índole general que permitan contextualizar el estudio de la tutela cautelar en cada uno de los ordenamientos. Se indican algunas de las peculiaridades de cada orden y se realizan ciertas precisiones terminológicas. En la explicación de cada uno de los sistemas he procurado ofrecer el grado de información suficiente sobre el Derecho escrito y su interpretación jurisprudencial, tratando de no ser redundante o reiterativa. Pese a haber tratado de realizar una comparación en cierto modo objetiva de los ordenamientos presentados, resulta inevitable pensar en el lector del trabajo, que probablemente estará más familiarizado con el Derecho español que con el resto de sistemas. Por ello, las referencias al Derecho español son por lo general más reducidas que las correspondientes a otros ordenamientos.

En la descripción del régimen legal no se incluye el procedimiento, que es objeto de atención independiente en el Capítulo 6. En él se estudia esta materia, tanto desde el punto de vista de la organización judicial, esto es, del juez competente para adoptar medidas cautelares, como desde la perspectiva de la sucesión de actos que permiten al juez formar su decisión. Además, se plantea la delicada cuestión de los poderes del juez cautelar, cuestión que deriva de la discusión más genérica sobre los poderes del juez contencioso en su control de la actividad administrativa, pero que presenta unos perfiles particulares. En fin, se presenta lo que he denominado “consecuencias” de las medidas cautelares, pero que constituyen, al mismo tiempo, su condición. Se trata del sistema de contracautelas que el legislador ha puesto en manos del juez para asegurar que su decisión no acarree efectos negativos irreparables para las situaciones jurídicas afectadas por la misma.

Las cauciones, fianzas y garantías en general presentan un enorme potencial en el desarrollo de la tutela cautelar, pero no han sido objeto de atención suficiente por los poderes públicos. En ciertos ámbitos materiales, en especial el Derecho tributario, sí se aplican con normalidad, habiéndose de destacar que este es precisamente el ámbito en el que los privilegios de la Administración, en lo que a la suspensión de los actos administrativos se refiere, han sido relativizados en mayor medida. Un eficaz sistema de contracautelas puede eliminar ciertas reticencias del juez a adoptar la medida solicitada e, incluso, puede ayudarle a configurar la que provisionalmente será la decisión que mejor garantice el *statu quo* de los intereses afectados. Aquí se presenta de nuevo el problema de los poderes del juez cautelar, dado que su margen de maniobra parece ser bastante amplio a partir de lo solicitado por las partes. Todo ello se relaciona, además, con la responsabilidad que se puede generar a raíz de la medida cautelar adoptada.

El Capítulo 7 presenta el análisis del criterio del *periculum in mora*, aquel que tradicionalmente ha justificado la adopción de una medida cautelar. Este criterio, como todos los demás, no aparece definido en las normas positivas, sino que ha sido objeto de elaboración doctrinal y jurisprudencial. Su denominación varía de unos ordenamientos a otros, así como entre los diversos autores. En ocasiones no se trata más que de opciones de estilo, pero en otras indica la existencia de institutos de naturalezas diferentes. Además, su contenido no es unívoco, sino que depende de los ámbitos sustantivos en los que haya de aplicarse. Por ello, he seleccionado algunas materias especialmente significativas desde el punto de vista de su aplicación práctica o de su construcción teórica y he incluido unas reflexiones en torno al perjuicio económico, tradicionalmente considerado como no susceptible de justificar la adopción de una medida cautelar. Esta cuestión conecta, en fin, con otras desarrolladas en el capítulo 6, tales como la relación entre las medidas cautelares y la acción de responsabilidad o el sistema de contracautelas que el legislador estime oportuno introducir.

El siguiente Capítulo, el 8, se dedica íntegramente al concepto de *fumus boni iuris*, siguiendo una estructura diversa de la empleada para la exposición del *periculum in mora*, por cuanto ambos responden a planteamientos también diferentes. En primer lugar, sin embargo, sí se realiza una aproximación a la terminología utilizada para designar este criterio y, del mismo modo que se indicaba con respecto al *periculum*, las diversas denominaciones son en ocasiones meros sinónimos, mientras que en otras responden a opciones de contenido. Se presenta asimismo el tratamiento jurisprudencial y doctrinal que ha recibido el *fumus* y se trata de identificar un concepto autónomo a aplicar en el contencioso. Para ello se tiene en consideración la opción española de vincular el *fumus boni iuris* con la teoría de las nulidades, que pudiera resultar de utilidad en otros ordenamientos jurídicos.

Finalmente, se indaga en el significado de la expresión “prohibición de prejuzgar el fondo del asunto”. La prohibición de prejuzgar el fondo es un fantasma que sobrevuela la tutela cautelar desde sus orígenes. En algún caso, como es el francés, el legislador lo ha considerado, incluso, como criterio a tener en cuenta para adoptar la medida cautelar, siendo sustituido más adelante por lo que puede considerarse, *stricto sensu*, el *fumus* en una de sus versiones, cual es la de ausencia de contestación seria a la demanda principal. Pese a que siempre se ha considerado un límite para la adopción de las medidas cautelares, la prohibición de prejuzgar el fondo está siendo sometida a revisión en ciertos contextos nacionales y materiales. Se entiende que en determinados casos ha de considerarse superada, dado que lo contrario significaría denegar la tutela judicial efectiva constitucionalmente reconocida.

En fin, en el Capítulo 9 se desarrolla lo que constituye uno de los aspectos centrales de la investigación, a saber: la ponderación de intereses. La expresión “ponderación de intereses” ha centrado la atención de múltiples trabajos en los últimos tiempos, trabajos que proceden de diversas disciplinas jurídicas, pero que fundamentalmente se han gestado en el seno de la teoría general del Derecho y han

encontrado aplicación práctica en la jurisprudencia constitucional de diversos ordenamientos. La ponderación de intereses se ha vinculado, en este contexto, a la teoría de la estructura de las normas y su virtualidad deriva de la necesidad de maximizar la aplicación de ciertos preceptos que se encuentran en aparente contradicción entre sí.

Esta versión de la ponderación encuentra aplicación en la tutela cautelar debido a las peculiares características de las normas que determinan la adopción o no de la medida. Dada la provisionalidad de la situación y de la resolución a adoptar, que se verá sustituida por lo que en su día establezca la sentencia de fondo, resulta cuanto menos complejo realizar una subsunción clásica de un supuesto de hecho en una norma. De un lado, el supuesto de hecho todavía no se conoce en toda su extensión. De otro, la propia norma no admite una subsunción clara, sino que exige que se realice una valoración aproximativa de las situaciones jurídicas afectadas desde el punto de vista de un perjuicio, eventual, que pudieran sufrir, así como de la legalidad, aparente, de las pretensiones. Incluso puede suceder que no pueda prevalecer una situación concreta, sino que se opte por encontrar un equilibrio, en el que ninguna de las situaciones se vea maximizada, pero en el que tampoco exista una negación absoluta de alguna de ellas.

La ponderación de intereses, singularmente en la tutela cautelar, asume también otro significado si se la vincula a un Derecho Administrativo de perfiles aún indefinidos. En efecto, tal y como indicaba más arriba, el Derecho Administrativo actual, caracterizado por la existencia de una pluralidad de intereses públicos y privados de difícil catalogación en ocasiones, se encuentra en mutación en lo que a algunos de sus aspectos centrales se refiere. Así, en el proceso de toma de decisiones, por ejemplo, se da paulatinamente mayor cabida a diversas voces, a diversos intereses, siendo el resultado fruto de un diálogo o discusión (al menos desde un punto de vista teórico), si bien siempre ha de ser refrendado por quien constitucionalmente tiene atribuida la potestad de adoptar dicha decisión. También en lo que a la resolución de conflictos se

refiere se aprecia, reitero, una tendencia a la conciliación, que sustituiría a la confrontación. Los motivos son variados, pero desde un punto de vista teórico también constituye un foro más de contraste de intereses.

Tras estas consideraciones se han de mencionar algunos de los problemas que surgen. El primero de ellos afecta a la identificación y dotación de valor a los intereses que hayan de participar en el foro correspondiente. En segundo lugar se encuentra el mecanismo procedimental mediante el cual se van a tener en cuenta dichos intereses y que habrá de converger en una decisión ajustada a Derecho. Con esta segunda cuestión, la ponderación de intereses entendida como foro de debate enlaza con la primera de las acepciones de la misma que, como indicaba, se vincula a una determinada forma de argumentación jurídica propia de determinado tipo de normas. La teoría jurídico-administrativa subyacente, en la que algunos autores han querido identificar ya un modelo de Estado, el "Estado de la Ponderación"¹¹, se une a un nuevo discurso que ha centrado los debates de la filosofía del Derecho en los últimos años.

Ambas acepciones de la ponderación de intereses encuentran cabida en la tutela cautelar contencioso-administrativa, tutela que hoy en día se desarrolla en un contexto más complejo que la tradicional suspensión de los actos administrativos y que se ve afectada por una pluralidad de normas, más allá del criterio exclusivo de la ejecutividad de los actos administrativos que ha determinado los perfiles de esta institución procesal durante largo tiempo. Por esta razón, el legislador ha estimado oportuno en los últimos años recordar la complejidad del procedimiento cautelar e introducir fórmulas que obliguen al juez a tener en cuenta todos los intereses afectados por dicho procedimiento, sin precisar, sin embargo, cómo ha de ser efectuada dicha apreciación.

¹¹ Cfr. W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

Sin pretender entrar en el debate teórico sobre la estructura de las normas de la tutela cautelar, ni tampoco en la discusión de carácter político-constitucional sobre las transformaciones del concepto de Estado o de poder público que subyacen a la ponderación de intereses, he estimado oportuno analizar su aplicación práctica por los jueces de lo contencioso en la adopción de las medidas cautelares.

En primer lugar, he estudiado cuál es su virtualidad en la evaluación de las condiciones de perjuicio y del *furor*, cuestión que conecta con la primera de las acepciones de la ponderación de intereses, esto es, con la ponderación como mecanismo específico de argumentación, utilizado por el juez para atribuir un determinado contenido y valor a los criterios que aplica, y posteriormente sopesarlos, tratando de encontrar un equilibrio entre las pretensiones. En segundo lugar, he indagado en la segunda de las vertientes de la ponderación, fruto de la concepción del Derecho Administrativo como foro de encuentro de diversos intereses públicos y privados. Por ello, he analizado el concepto de interés en el contexto de la tutela cautelar y de la mano de su interpretación jurisprudencial, así como su función en el juicio provisional. Además, he prestado especial atención a la consideración del interés público como correctivo de la resolución cautelar adoptada. Esta expresión, "correctivo", ha sido empleada por algún autor para referirse a la función del criterio de la justicia en los supuestos de decisiones adoptadas en aplicación de la ponderación de intereses, pero que ofrecían un resultado que se consideraba injusto.¹² En fin, he tratado de plantear los problemas que suscita la ponderación de intereses en lo que respecta a su control por parte del juez, tanto en cuanto a los poderes en sí, como a los parámetros de control que puede utilizar.

Con las conclusiones se cierra el presente trabajo. Las conclusiones, sin embargo, no han de ser entendidas en el sentido etimológico de la palabra, dado que entiendo que no cierran, sino que abren vías para futuras investigaciones. En efecto, la

¹² Cfr. W. LEISNER, cit., p. 14.

tutela cautelar, que ha sido objeto en los últimos años de innumerables análisis, requiere el estudio detallado de algunos problemas concretos que se señalan en las páginas que siguen a continuación. Dada la necesidad de limitar el objeto de mi trabajo, no he podido desarrollar algunas de dichas cuestiones, pero confío al menos haber señalado los aspectos más relevantes de las mismas. Su tratamiento pormenorizado, sin embargo, es ya otra historia.

5.- El proceso de elaboración de la tesis. Agradecimientos

“Pero, ¿quién me mandó a mí querer comprender? ¿Quién me dijo que había que comprender?”, se preguntaba Pessoa. Este interrogante entiendo refleja a la perfección la actitud (vital) de quien comienza su andadura en la academia mediante el rito de la tesis doctoral. Porque quien se adentra en los entresijos de la investigación universitaria lo hace motivado por el ansia de conocer. La curiosidad es el motor de las tesis y otros trabajos, que afrontan la ardua tarea de tratar de comprender el mundo desde las diferentes perspectivas que proporcionan las distintas disciplinas científicas. Todo ello se plasma en días que no entienden de horarios, en júbilos derivados de la lectura de unas líneas singularmente sugerentes, o del descubrimiento de matices o conexiones de ideas que hasta entonces habían pasado desapercibidos. Estos momentos gozosos, unidos a aquellos (imprescindibles) de aterrador descenso a la caverna, van conformando una personalidad a medida que la tesis va cobrando forma. De estas consideraciones me gustaría dar cuenta brevemente a continuación.

En primer lugar, el origen de la tesis – el “querer comprender” – tiene una historia. Siendo estudiante de tercer curso de Derecho en la Facultad de Derecho de Santander descubrí de la mano del profesor Luis Martín Rebollo el Derecho Administrativo, una asignatura que por lo general se considera árida, y cuyo nombre evoca en la conciencia común una denostada burocracia con interminables formularios y procedimientos. Sin embargo, para mi sorpresa, aquellas clases me conectaron con la

historia, pero también con el más fervoroso presente. Además, me mostraron los entresijos de una sociedad que ha debido ir regulando sus relaciones cotidianas con el Estado, descubriéndose y definiéndose a sí misma en estas regulaciones. Cabía ascender hasta planteamientos filosóficos, tratando de encontrar explicaciones en el reino de las ideas a las cuestiones planteadas, pero siempre resultaba necesario descender a los problemas concretos surgidos en la realidad más cercana.

Finalizado el curso, y realizado un examen voluntario (en el que participamos varias personas) de más de dos horas, cobró forma la dimensión completa del Derecho Administrativo que acabo de evocar y comencé a plantearme la posibilidad de realizar una tesis doctoral. Sin embargo, tenía algo pendiente antes de decidirme y ello podría condicionar mi futuro en un sentido diferente. Quería estudiar una temporada en Alemania, y obtuve una beca *Erasmus* para realizar el curso 1997/98 en la Universidad de Bayreuth, finalizando así la carrera.

Dado que pretendía iniciarme en la investigación y como, al mismo tiempo, me interesaba continuar ampliando estudios en Alemania, solicité (y obtuve) una beca a la Fundación *La Caixa* y al Servicio Alemán de Intercambio de Estudiantes (DAAD) para participar en un programa de LL.M. en la misma Universidad de Bayreuth. Allí tuve el privilegio de trabajar estrechamente con los profesores Peter Häberle y Rudolf Streinz. Con el profesor Streinz conocí el Derecho comunitario y el estudio de las materias desde la perspectiva alemana. Por su parte, los seminarios de los lunes del profesor Häberle, en un ambiente de multiculturalidad que favorecía la discusión y el debate, me abrieron las puertas a un mundo en el que Derecho y cultura no eran sino una simbiosis. "Hay que visitar Weimar para comprender", recordaba el profesor en sus clases. Y es que, en efecto, comprendía mejor el Derecho alemán cuanto más me dejaba imbuir de su cultura y de la forma de vida de sus gentes. Los profesores Häberle y Streinz no sólo supieron guiar mis primeros pasos en la investigación, sino que me

animaron a continuar con la misma, habiendo mantenido el contacto hasta la actualidad. Por todo ello no puedo sino manifestarles mi más profundo agradecimiento.

Tras mi primer trabajo de investigación en Bayreuth, en el que me familiaricé con el estudio del Derecho comparado, decidí perfeccionarme en la metodología comparada y, para ello, consideré que el lugar adecuado era el Instituto Universitario Europeo. De nuevo, tuve que solicitar una beca, esta vez al Ministerio de Asuntos Exteriores, y, de nuevo, pude contar con quienes habían sido mis profesores en la Universidad de Cantabria: Luis Martín Rebollo, Concepción Escobar Hernández y Juan Baró Pazos. A todos ellos les agradecí en su día su apoyo e inestimable ayuda, si bien quisiera aprovechar estas líneas para reiterar mi agradecimiento. Quisiera, además, hacer una especial mención de quien, como dije, inspiró en mí el interés por el Derecho Administrativo y que ha sido el director de la presente tesis. El profesor Luis Martín Rebollo ha sido siempre para mí un ejemplo de rigor y ciencia. Ha guiado mi formación durante estos años partiendo del concepto de tesis que él defiende y que no se limita a las páginas que el lector tiene ahora entre sus manos. La tesis es, como decía, una formación y a ella contribuyen muchas lecturas, jurídicas y no jurídicas. Por ello, tengo que agradecer al profesor Martín Rebollo, entre otras muchas cosas, que me haya proporcionado las claves para acceder a buena parte de ellas, fomentando el análisis crítico y el pensamiento independiente pero respetuoso. En fin, junto al apoyo constante, también le tengo que agradecer el haberme abierto las puertas del Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria. Allí he podido trabajar con total libertad y tranquilidad durante mis estancias en Santander, recibiendo, además, muy buenos consejos de quienes forman parte de dicho Seminario: Juan Manuel Alegre, Javier Barcelona, Marcos Gómez Puente, Luis Calvo, Ana Sánchez Lamelas y Roberto Bustillo.

En lo que respecta a la dirección de la tesis, también he de agradecer al profesor Jacques Ziller sus sugerencias y orientación sobre el método comparado. En sus

seminarios y en las diversas conversaciones que hemos mantenido durante estos años he aprendido a desconfiar de las apariencias y a sospechar de los dogmas existentes sobre ordenamientos jurídicos distintos de aquél en el que cada uno se ha formado. Los profesores Gráinne de Búrca, Karl-Heinz Ladeur, Mario Chiti y Mark van Hoecke también me aportaron sus puntos de vista sobre diversas partes de la tesis y me proporcionaron interesantes elementos de reflexión.

Durante los años del Doctorado he tenido oportunidad de realizar diversas estancias de investigación. Para comprender el funcionamiento de las medidas cautelares en Francia me fue de gran ayuda una estancia de investigación de cuatro semanas en el Consejo de Estado, en París, donde pude acceder a sus fondos documentales, asistir a vistas públicas y entrevistar a diversos miembros del Consejo. Quisiera agradecer al Consejero Guyomar y al Sr. Martinie, así como a todo el equipo del Centro de Documentación del Consejo de Estado, las facilidades y ayuda prestadas durante mi estancia. Además, el Consejero de Estado Bruno Genevois y los profesores Michel Fromont y Franck Moderne me han aportado durante estos años su visión de las nuevas medidas cautelares en Francia desde perspectivas diferentes.

En Berlín presencié los últimos meses de trabajo del Tribunal Administrativo Federal en esta ciudad antes de su traslado a Leipzig. Los magistrados Berkemann y Gielen me abrieron las puertas del Tribunal y me ilustraron con su experiencia. Con ello pude completar las prácticas realizadas años antes en el juzgado de primera instancia de lo contencioso-administrativo de Bayreuth durante las largas vacaciones entre los semestres de invierno y de verano. En los meses de estancia en Berlín tuve ocasión de entrevistar a los profesores Friedrich Schoch y Klaus Finkelburg, máximos expertos ambos de la tutela cautelar en Alemania y autores de sendas bien conocidas monografías. Mi agradecimiento se extiende, en fin, a Santiago Torre Lanza, que me enseñó el Berlín del arte y de la música.

En lo que al Derecho español se refiere, he contado con la inestimable orientación del magistrado del Tribunal Supremo Manuel Campos Sánchez-Bordona, quien en los inicios de la tesis me ayudó a perfilar las cuestiones que mayor interés presentaban para la comparación. También Mariano Bacigalupo ha tenido la paciencia de escucharme, y me ha aconsejado, en especial, sobre la comparación entre el Derecho español y el alemán. Y un especial agradecimiento quisiera expresar al profesor Eduardo García de Enterría por su magisterio, su disponibilidad y sus pertinentes sugerencias.

Una mención especial, además, ha de recibir la Academia de Derecho Público Europeo, dirigida por Luis Ortega, foro al que acudí en dos ocasiones y que me permitió entrar en contacto con personas de quienes tanto he aprendido y de las que continúo aprendiendo: Lorenzo Martín-Retortillo y Elisenda Malaret, así como mis compañeros en la Academia (Argelia Queralt, Isabel Gallego, Juani Morcillo, Isaac Martín, Luis Arroyo, Marc Marsal y José Luis Vega). A Luis Ortega le he de agradecer el interés mostrado por mi tesis, sus buenos consejos y su inestimable apoyo para mi incorporación a la Universidad española.

En segundo lugar, si el querer comprender tiene una historia, también existe una intrahistoria sobre las vivencias de la tesis para quienes son ajenos a la misma en el sentido académico, pero que tanto han contribuido en el plano personal. En lugar destacado se encuentran mis padres, que han respetado siempre mis elecciones, pese a no compartirlas en ocasiones, apoyándome en todos mis proyectos. Ellos y mi hermana Silvia me han ayudado a descubrir nuevas facetas de las ciudades a las que mi investigación me ha ido llevando. Un lugar destacado ocupan también mis abuelos. Gracias a ese gran invento de Telefónica que fue el "Europa 15", mi abuelo Hilario ha conseguido que le diera cuenta regularmente de los avances de mi tesis, explicándole los pormenores y el significado de cada etapa de la misma. A él y a mi abuela Piti, que le reñía por las interminables conversaciones, les agradezco el haberme acompañado de

esta manera durante estos años, el haberme arrancado más de una carcajada y el haberme ayudado a relativizar más la vida. Mi abuela Carmina, preocupada, entre otras muchas cosas, por mi dieta de estudiante, me abrió el camino hacia la levadura de cerveza, el germen de trigo y la lecitina de soja. Y mi abuelo Emilio me desvelaba en cada una de sus cartas los secretos de su persona y de su relación con la naturaleza. Él hubiera disfrutado viendo esta tesis y sé que es consciente de que está presente en la misma.

Mis visitas vacacionales a Santander han sido siempre un “volver a casa” y a ello han contribuido mi familia y mis amigos, que pese a la dispersión natural provocada por los diversos caminos emprendidos, siempre encuentran motivos para organizar actividades en común. Ana, Sandra y María Luisa me han mantenido al corriente escrupulosamente de todos los acontecimientos que debía conocer; Raquel, a pesar de su agrafia, su natural agitación y su escaso tiempo, siempre está dispuesta a compartir una cena; y Alba, con la tranquilidad que le aportan el ejercicio y las técnicas de relajación, me ha ayudado con su conversación a descubrir aspectos de mí que desconocía. Los productos de su huerta, además, me daban la energía necesaria para permanecer largas horas frente al ordenador; a mi familia tampoco le resulta difícil encontrar una excusa para reunirse y siempre me ha puesto de buen humor coincidir con el “batallón” de mis tíos y mis primos. Por último, a Juan le agradezco el acompañarme en este y otros viajes con la serenidad y la paciencia que le caracterizan.

En el aspecto humano he de agradecer también a diversas personas del Instituto Universitario Europeo el haber compartido conmigo estos años en “La Montaña Mágica”. Gracias a Marc Prat, Juana Santamaría, Igor Pérez, Óscar Molina y Antonio Muñoz por las comidas en la Sala Rossa durante el primer año, y por tantos otros momentos. Gracias a Carla Rodríguez, Genoveva Hernández, Raquel Cortés y Vanessa Hernández por el foro cibernético que nos ha permitido permanecer en contacto a pesar de la distancia: a ellas, como a Sonia Vega, las admiro por su tenacidad y me

reconforta saber que siempre puedo contar con su apoyo. Gracias a Elia Marzal, Luisa Alves, Ángeles Mazuelos, Julio Baquero, Ferran Domínguez, Marta Álvarez, Sandra Marco y Mel Marquis por su amistad y sus consejos. Gracias a Françoise Thauvin, ejemplo reconocido de la importancia de determinadas personas para el funcionamiento de las instituciones. También Alison Tuck y Annick Bulckaen merecen reconocimiento, por su buen hacer en el Departamento de Derecho. Gracias, en fin, a Irina Dvizova, quien durante mi último año en Florencia me ayudó a sobrellevar la fase final de la tesis con sus siempre sugerentes clases y las emocionalmente agotadoras lecturas de Turgenev.

CAPÍTULO 1

CONTEXTO METODOLÓGICO: DERECHO COMPARADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se pretenden sentar las bases metodológicas que han determinado la investigación. Por ello, se comienza realizando una introducción al concepto de Derecho Comparado que se maneja y, en especial, a su consideración como disciplina autónoma, tanto respecto del Derecho Administrativo o el Constitucional, como del Derecho Comparado en el ámbito privado, si bien con todos ellos presenta necesariamente vínculos. A continuación se desarrolla el concepto instrumental de “Derecho Administrativo Europeo”, derivado de la comprensión del término “Derecho Comparado” que se emplea. En fin, se exponen diversas cuestiones relacionadas con la aplicación de este método, cuestiones que derivan tanto de referencias bibliográficas como de la experiencia personal en el trabajo comparativo. Se trata de una explicación de las dificultades metodológicas que han ido surgiendo y a las que me he visto forzada a dar respuesta, acertada o no, pero que han determinado la evolución de la investigación.

La doble naturaleza del Derecho Comparado, ciencia y método, se puede reducir a una sola si, como recuerda Alejandro NIETO, “*la ciencia no es, a la postre, sino método*”.¹³

¹³ A. NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense el 12 de marzo de 2001, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2001, p. 20. Este debate ha sido una constante en la paulatina afirmación del Derecho Comparado como disciplina independiente. Especialmente a raíz de la obra de H.C. GUTTERIDGE, *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge University Press, Londres, 2ª ed., 1949, se planteó la existencia de un método comparado multifuncional, que tendría cabida en diversos ámbitos de la ciencia jurídica, pero que no constituiría *per*

Ello no obstante, resulta conveniente retener su carácter dual, dado que, como se ha indicado y se desarrollará más adelante, el método comparado no es propio sólo del Derecho Comparado en tanto que disciplina autónoma, sino que es utilizado por otras ramas de la ciencia con carácter instrumental para completar sus resultados.¹⁴

I.- EL DERECHO COMPARADO COMO DISCIPLINA

La pregunta constante que persigue al Derecho Comparado afecta a su carácter autónomo o no como ámbito del saber¹⁵. El Derecho Comparado se ha debatido, y se

se una rama independiente del saber (v. p. 10). Ello no obstante, como se verá más adelante, la finalidad singular que preside el empleo del método comparado en el ámbito del Derecho (y, más en concreto, en el ámbito del Derecho Administrativo Europeo), permite vincular ciencia y método en el sentido expuesto en el texto.

¹⁴ El concepto de ciencia que empleo es, en el sentido clásico, el que la define como un conjunto de conocimientos, obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente ordenados, de los que se deducen principios generales y que constituyen un ramo del conocimiento humano. Este concepto resulta de aplicación, como se verá, al Derecho Comparado. De este concepto de ciencia se deriva el que T.S.KUHN califica como "ciencia normal", esto es, el conjunto de logros científicos universalmente aceptados. Vinculado con él se encuentra el de "paradigma" y el de "revolución científica", y la construcción en su conjunto también se ha aplicado en el ámbito del Derecho, ayudando a comprender determinados fenómenos que acaecen en la actualidad y que, en lo que respecta a la presente investigación, estarían llamados a constituir lo que algún autor ha denominado la "nueva justicia administrativa". Cfr. T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago University Press, Chicago, 1962 (para las citas sigo la segunda versión ampliada de 1970. La tercera edición es de 1996 - traducción española de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 14ª ed. de 2000 -); V. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989; Sobre la recepción de KUHN en el Derecho Administrativo v., además, A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Ariel, Madrid, 2000; J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, *passim*.

¹⁵ Se puede recordar en este momento, dados los vínculos con la presente investigación, el debate decimonónico sobre la independencia del Derecho Administrativo, especialmente respecto del Derecho Constitucional y la Teoría Política. Como recuerda S. MARTÍN-RETORTILLO, "a pocas materias jurídicas se les ha prestado tan aguda y vivamente el problema de su autonomía como al Derecho administrativo, que en dos frentes ha tenido que librar la batalla de su reconocimiento. Por una parte en tarea diferenciadora dentro del ámbito general del Derecho público, del Derecho Constitucional; por otra, del mismo Derecho civil cuya influencia estructural ha estado tutelar y generosamente presente en todo lo que de más estrictamente jurídico nos ha podido ofrecer la sistematización del Derecho administrativo". Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, p. 21. En relación con este aspecto se ha de mencionar, además, el estudio de la evolución de sus contenidos, sus métodos y, en lugar destacado, sus partícipes. A diferencia de la historiografía del Derecho Privado, la historiografía del Derecho Público

debate todavía hoy, entre la independencia como área de conocimiento y su carácter auxiliar, en tanto que método, al servicio de otras disciplinas.¹⁶ La respuesta que se ofrezca a este dilema no presenta única y exclusivamente carácter teórico, sino que exige una toma de posición a la hora de afrontar el trabajo. En efecto, de la posición adoptada dependen cuestiones tales como la profundidad en el estudio de los diversos sistemas, la exposición de la materia objeto de investigación, la elección de la

no ha sido objeto de estudios en profundidad. Al margen de trabajos concretos, como el excelente *Cultura e política del diritto amministrativo*, de Sabino CASSESE, Il Mulino, Bolonia, 1971, los historiadores han centrado sus esfuerzos en presentar la vida y obra de los privatistas, mientras que los publicistas no han encontrado el momento o la posibilidad de reflexionar sobre sí mismos. Una primera aproximación a esa labor de introspección la constituye el compendio de trabajos *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa. Stand und Probleme der Forschung*, E.V. HEYEN (ed.), publicado en la colección "Ius Commune", del Instituto Max-Planck de Historia Europea (Frankfurt am Main), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1982. En esta obra se presentan las Historias del estudio del Derecho Administrativo en trece Estados europeos y se explica cómo la doctrina ha ido afrontando los acontecimientos políticos y sociales, de qué manera se han sucedido las generaciones de iusadministrativistas y cuáles han constituido sus principales aportaciones. Tal y como expresa HEYEN en la introducción, siguiendo la tradición del Instituto Max-Planck, se ha procedido a realizar un análisis comparado de diversas experiencias europeas, con determinadas características comunes y/o divergencias notables (un ejemplo de ello es la inclusión de sistemas tanto de Derecho común como de Derecho Civil, esto es, de Derecho positivo frente a Derecho elaborado fundamentalmente por los jueces, con todas las matizaciones que ello conlleva). Ello posibilita disponer de amplio material empírico para comprobar las hipótesis de trabajo en torno al origen, las causas y el desarrollo del estudio del Derecho Administrativo en Europa. Cfr. asimismo D. SIMON (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, en especial la contribución de W. HASSEMER, *Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 259-311. En Derecho Administrativo español se echa de menos una obra de estas características. En la espera resultan de gran utilidad e interés algunos trabajos parciales. Así, por ejemplo, la ya clásica recopilación de A. NIETO, *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, RAP, 100 (1983), que el recopilador prologa con unos "Apuntes para una historia de los autores del Derecho Administrativo general español". V. también J.M. TRAYER/B. NOGUERA DE LA MUELA, *Los jóvenes investigadores y la "Revista de Administración Pública"*, RAP, 150 (1999), pp. 577ss., donde los autores analizan los temas estudiados en la Revista por los miembros de la generación de los 60. En Francia, por lo que conozco, no existe una obra de estas características.

¹⁶ Cfr. B. BLAGOJEVIC, *Le droit comparé - méthode ou science*, RIDC, 1953, pp. 649ss.; H.C. GUTTERIDGE, cit.; P. DE CRUZ se muestra partidario de considerar el Derecho Comparado como un método y no como ciencia autónoma, siguiendo en este punto a autores como GUTTERIDGE, DAVID o POLLOCK, y oponiéndose a la visión de los primeros teóricos de la comparación como SALEILLES, RABEL, RHEINSTEIN o HALL. Sin embargo, como recuerda el propio autor, se debe tener en cuenta una tercera opción, defendida por autores como WINTERTON, según la cual el Derecho Comparado es tanto una ciencia como un método. Cfr. P. DE CRUZ, *A Modern Approach to Comparative Law*, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 2ss. Su propia opción la expone en el prefacio a su trabajo: "La expresión Derecho Comparado parece que fue usada por vez primera en el siglo diecinueve y, a pesar de ser predominantemente un método de estudio, también ha adquirido un número suficiente de principios metodológicos que sugieren que se está consolidando por derecho propio como una rama de las Ciencias Sociales".

terminología (incluso la lengua) y, evidentemente, los resultados de la investigación. El presente trabajo parte del convencimiento de la autonomía del Derecho Comparado como disciplina (primera parte del Capítulo 1) y de este convencimiento derivan una serie de consecuencias: la elección de los ordenamientos objeto de estudio (España, Francia, Alemania y Derecho comunitario), la exposición de los mismos (el orden y la intensidad de las explicaciones, así como la necesidad de introducir conclusiones en cada capítulo), la elección de la terminología (se ha optado por el macro-concepto "tutela cautelar"), el tipo de argumentación empleada (contextual¹⁷, relacional¹⁸ y teleológica¹⁹) y, como no podía ser de otro modo, las fuentes utilizadas (en este punto remito a la bibliografía y a las explicaciones ulteriores). Estas cuestiones metodológicas, por tanto, no son un fin en sí mismas, sino que obedecen a la consideración del Derecho Comparado como disciplina autónoma y variarían con toda seguridad de ser otro el punto de partida.

1.- Una cuestión preliminar : Derecho Comparado vs. Derecho extranjero

Con carácter previo al desarrollo de otras cuestiones metodológicas se ha de realizar la distinción entre Derecho Comparado y Derecho extranjero, dado que existe

¹⁷ Este concepto es conocido en los trabajos de Derecho Comparado y hace referencia a la necesaria ubicación de cada institución jurídica en su entorno jurídico, político, económico y social. El grado de tratamiento del contexto en el trabajo comparado es una cuestión controvertida y ha sido profusa y detalladamente analizada por Luke NOTTAGE, *Convergence, divergence, and the middle way in unifying or harmonising private law*, IUE Working Papers, LAW 2001/1.

¹⁸ En la medida de lo posible, en el discurso argumentativo estará siempre presente la comparación – la relación entre unos ordenamientos y otros –, a diferencia de los estudios de Derecho nacional, en los que este tipo de discurso sólo se emplea en la parte del trabajo (generalmente un capítulo) estrictamente comparada.

¹⁹ El discurso argumenta en todo momento en el contexto del Derecho Administrativo Europeo, que constituye, como se explica más adelante, la finalidad de la comparación. Este es el pensamiento que preside el conjunto del trabajo y, por ende, el tipo de argumentación.

una tendencia a la confusión.²⁰ El estudio del Derecho extranjero consiste en la presentación de un ordenamiento jurídico distinto del propio a fines ilustrativos, descriptivos o informativos. Es posible que la presentación no lo sea única y exclusivamente de un ordenamiento, sino de varios, tratándose entonces de una yuxtaposición de distintos sistemas de Derecho extranjero, pero no de Derecho Comparado estrictamente hablando.

Para poder hablar de Derecho Comparado - en tanto que disciplina autónoma - es necesario identificar una específica finalidad en quien se acerca al estudio de otros ordenamientos y que W. HUG clasifica en tres categorías.²¹ La primera de ellas es la comparación de diversos ordenamientos para determinar cuáles son las diferencias o las semejanzas entre los mismos en la resolución de un determinado problema jurídico. Se trataría de encontrar, probablemente, cuál es la mejor solución. La segunda categoría alude a un estudio comparado entre ordenamientos a efectos de determinar cuáles son las relaciones causales entre ellos. En el contexto de esta categoría se desarrollaría años más tarde el *Paradigma del desarrollo gradual de los textos*, que propone que la evolución del Derecho se produce mediante el contacto entre ordenamientos y la imitación recíproca.²² La tercera categoría consiste en una suerte de estudio histórico comparado, en el que se pone de manifiesto la evolución de un determinado problema jurídico. Esta tercera categoría habrá de vincularse necesariamente a una de las dos anteriores, para conocer si la evolución es fruto de relaciones causales entre ordenamientos o si obedece al afán de encontrar la mejor solución.

²⁰ En 1931, HUG afirmaba que “todavía hay una tendencia a considerar que el Derecho Comparado es el mero estudio de la legislación extranjera”. V. W. HUG, *The History of comparative Law*, HarvLR XLV (1931/32), pp. 1027ss. [p. 1027].

²¹ *Ibidem*.

²² Cfr. P. HÄBERLE, *Textstufen als Entwicklungsweg des Verfassungsstaates* (1989), en “Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer”, Duncker & Humblot, Berlín, 1992.

Realizadas estas consideraciones, se ha de concluir afirmando la importancia de los estudios de Derecho extranjero como momento previo al Derecho Comparado²³, pero, para poder hablar de la existencia de este último, se requiere un añadido, cual es la finalidad mencionada, así como el respeto al resto de criterios metodológicos que se detallan a continuación.

Entre los ejemplos de estudio de Derecho extranjero puede destacarse en Francia la actividad llevada a cabo por el proyecto "Juriscope"²⁴, promovido por el servicio de asuntos europeos del Senado francés, que nace para dar a conocer otros ordenamientos jurídicos distintos del francés y animar, así, a los operadores jurídicos a su conocimiento y aplicación.²⁵ Para ello, en su sitio internet se pueden encontrar tanto traducciones de textos normativos extranjeros, como estudios, de materias muy diversas, realizados por quienes participan en el proyecto. Si bien no existe una sistemática clara en el tratamiento de los ordenamientos expuestos y de las materias objeto de estudio, resulta un instrumento muy útil para aproximarse al Derecho extranjero en determinados aspectos. Por lo que respecta a las medidas cautelares, el informe del Senado²⁶ da a conocer el Derecho extranjero (los sistemas de los Estados vecinos), para investigar en qué medida otros ordenamientos han incorporado la figura de las medidas cautelares positivas. Para ello se procede a realizar una yuxtaposición de las diferentes opciones nacionales, incluyendo una nota introductoria de síntesis de las diversas soluciones.

²³ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Éditions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971, p. 89.

²⁴ Cfr. <http://www.juriscope.org/index.htm>.

²⁵ Cfr. presentación del proyecto: <http://www.juriscope.org/presentation/index.htm>.

²⁶ <http://www.senat.fr/lc/lc45/lc45.html>.

2.- Breve historia del Derecho Comparado

Quienes han procedido a indagar en la historia del Derecho Comparado coinciden en afirmar que, a pesar de los precedentes que dieron lugar a su nacimiento²⁷, el acta fundacional de esta disciplina es el Congreso Internacional de Derecho Comparado que tuvo lugar en París, coincidiendo con la Exposición Universal²⁸, los días 31 de julio a 4 de agosto de 1900²⁹. El Congreso, organizado por Raymond SALEILLES, sentó las bases de una nueva concepción de la comparación, definiendo por vez primera los criterios metodológicos, el objeto y la función de la nueva disciplina. Poco más adelante fue completado con el importante trabajo de Edouard

²⁷ Podría hablarse de una "prehistoria" del Derecho Comparado, dado que existen precedentes que, si bien no pueden equipararse estrictamente al concepto actual, sí presentan el embrión de la futura disciplina. Ésta se remonta, a juicio de algunos autores (M. ANCEL, cit., p. 12), a la Antigua Grecia, en concreto a la obra jurídica de Licurgo y Solón, quienes, para la elaboración de las leyes, viajaron por diferentes territorios, a fin de conocer la práctica legislativa de otras comunidades. Más adelante, otros autores helénicos también estudiaron diversas normas extranjeras con diferentes finalidades. Así, Platón trata de identificar en sus *Leyes* cuáles habrían de ser las normas que regirían la ciudad ideal. Para ello presenta en boca de los partícipes en el diálogo los códigos que en la fecha se encontraban en vigor en Atenas, Esparta y Creta. Con posterioridad, Aristóteles acudió asimismo a "Constituciones" de otros territorios para extraer sus elementos "útiles". Sin embargo, a juicio de quienes hasta la fecha se han ocupado de esta materia, la comparación se encontraba lejos de ser objeto de conocimiento científico independiente y, además, no pretendía aquello que parece ser característico a la misma, cual es una argumentación racional en el marco de una aproximación sistemática de diversos ordenamientos. Cfr. también en este punto L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tomo I, *Introduction au droit comparé*, París, LGDJ, 1972, p. 50; H.W. EHRMANN, *Comparative Legal Cultures*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1976; Sobre la evolución del Derecho Comparado hasta su consideración como disciplina autónoma, W. HUG, cit. quien plantea cuál ha sido el desarrollo de este ámbito del conocimiento, prácticamente hasta el momento en que escribe. Como afirma al inicio de su trabajo (pp. 1027-1028), hay mucha confusión en torno al concepto de Derecho Comparado. Además, hasta la fecha en que él escribe no ha existido un intento completo de trazar su Historia.

²⁸ Este dato presenta gran interés, ya que es indicativo del profundo carácter universalista que marcó esta disciplina desde el momento de su nacimiento y durante su primera etapa.

²⁹ Las actas del Congreso se publicaron en 1907 (*Procès-verbaux des séances et documents, Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, París, 1905-1907, 2 vol.). Hoy se encuentran en la Biblioteca Cujas de París.

LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*,³⁰ constituyéndose de este modo los dos pilares sobre los que descansará la disciplina del Derecho Comparado.³¹

Para llegar a este momento fundacional fueron necesarios, en primer lugar, determinados condicionamientos científicos, sociales y económicos. Así, CONSTANTINESCO alude a la importancia del cambio de paradigma científico en lo referente a la concepción del mundo, pasando del modelo tolemaico (estático, basado en el inmovilismo del globo terrestre y, con él, de todos sus elementos) a un modelo copernicano (dinámico, basado en el movimiento. En su desarrollo posterior se completaría con las teorías del caos, de la transformación y la impredecibilidad).³² ANCEL, por su parte, presta atención a los efectos de la Revolución Industrial, tanto en la sociedad como en las estructuras económicas y políticas, que se materializan en el surgimiento de intereses enfrentados, de “rivalidades”, cuyos conflictos (y los mecanismos para su resolución) han de encontrar cabida en el ámbito del Derecho.³³ Esta pluralidad de intereses, de la que surge la estructura social de clases, es desde entonces el eje no sólo del Derecho nacional, sino también del Derecho Internacional.³⁴ En fin, entre los condicionamientos técnicos y económicos que dieron lugar a la importancia creciente del estudio de los ordenamientos jurídicos de otros Estados se

³⁰ Giard, 1903.

³¹ Sobre la importancia de ambas figuras en el nacimiento del Derecho Comparado, cfr. C. JAMIN, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès de droit comparé de Paris*, RIDC, 52 (2000), 4, pp. 733ss.

³² L.-J. CONSTANTINESCO, cit., p. 8. Este aspecto es desarrollado más en detalle en las páginas 10ss. Se puede citar además otra obra de T.S.KUHIN sobre el modelo copernicano en la ciencia y su influencia en el desarrollo del pensamiento occidental: *The Copernican Revolution. Planetary astronomy in the development of Western thought*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), 1957.

³³ M. ANCEL, cit., p. 13. Sobre la Revolución Industrial y el desarrollo de la teoría de los intereses en el Derecho Administrativo, v. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1981. Especialmente, páginas 41ss. Para ulteriores referencias me remito a lo expuesto en el capítulo 9.

³⁴ Sobre este aspecto en el ámbito europeo y su influencia en la conformación de un nuevo modelo institucional y de gobierno, v. I. SMETS/P. WINAND, *À la recherche d'un modèle européen de représentation des intérêts*, en P. MAGNETTE/E. REMACLE (eds.), “Le nouveau modèle européen”, Institut d’Etudes Européennes, Bruselas, 2000, pp. 139ss.

encuentra el ingente desarrollo de los transportes, que facilitó el contacto personal y profesional entre lugares hasta entonces demasiado alejados en el espacio. Hoy en día, este contacto se ha visto favorecido por el empleo creciente de Internet y por la aparición de proyectos en la red destinados al estudio del Derecho Comparado.

En segundo lugar, desde el punto de vista estricto de la ciencia jurídica, el Derecho Comparado comienza a cobrar autonomía a finales del s. XIX en Europa, en plena vorágine codificadora, dado que las diversas comisiones nacionales encargadas de dicho cometido lanzan su mirada a ejemplos extranjeros para conocer cuáles han sido las soluciones encontradas en otros sistemas.³⁵ Se ha de destacar en estos momentos, por lo que más adelante se explicará, que, como es conocido, la codificación afectó a los ámbitos del Derecho tradicionalmente considerados como Derecho Privado, esto es, el Derecho Civil y el Mercantil, además del Derecho Penal, cuya ubicación tradicional es el Derecho Público. El Derecho Administrativo, sin embargo, no fue objeto de codificación, entre otras razones porque se trataba de un ámbito del Derecho recién nacido que se encontraba todavía en vías de configuración.³⁶

El tercer elemento que se ha de considerar en la evolución del Derecho Comparado es el propio concepto de Derecho que manejan los comparatistas y que es más amplio que el restringido al texto de la norma escrita. Es cierto que la disciplina se desarrolla en el momento de mayor apogeo del positivismo. Sin embargo, ello redundó en una adhesión al componente científico, pero no necesariamente en una asunción de

³⁵ M. ANCEL, cit., p. 15.

³⁶ Sobre dicha configuración, v. S. CASSESE, *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*, Montchrestien, París, 2000. Cfr. asimismo su manual *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milán, 6ª ed., pp. 58ss. (Existe traducción española de una edición anterior realizada por L. ORTEGA: *Las bases del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1994).

los postulados del positivismo normativista. Esta circunstancia ha llevado a vincular el Derecho Comparado con otras disciplinas, como la sociología jurídica o la filosofía.³⁷

En este contexto se celebra en 1900 el Congreso de Derecho Comparado mencionado más arriba y cuyo clima marca la primera época del Derecho Comparado. La confianza en el desarrollo y en el progreso científicos, así como la buena experiencia del Congreso de La Haya celebrado en 1899 (bajo cuyos auspicios se elaboraron varios Tratados Internacionales), caracterizaron esta primera etapa. En ella podría destacarse el universalismo y la creencia en la existencia de principios que pudieran ser de general aplicación en todos los Estados civilizados.³⁸ En esta fecha se desarrolla asimismo la idea de sistema jurídico, entendido como complejo ético, jurídico y social, de gran importancia en la comparación contextual.³⁹

La segunda etapa tiene lugar en el periodo de entreguerras y en ella se pretende dar un paso adelante. Ya no se trata de identificar unos principios de común aplicación, sino de proceder a la completa unificación del Derecho, a la elaboración de un Derecho mundial.⁴⁰ En este periodo se presta gran atención a las diferencias entre *common law* y *civil law* – para plantear su posible reconciliación –, materia que impregnará el estudio del Derecho Comparado hasta el presente. Esta oposición entre dos sistemas tan diversos origina problemas metodológicos a los que me refiero en la segunda parte de este trabajo, a saber, la dificultad lingüística de quien ha de exponer una institución jurídica

³⁷ Cfr. a título de ejemplo G. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza universale del diritto comparato*, Turín, 1909; U. DROBNIG/M. REHBINDER (eds.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1977; J. HALL, *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge, 1963; F. TERRÉ, *Les méthodes de recherche sociologique en droit comparé*, en "Etudes de droit contemporain, Nouvelle série (VIIIe Congrès international de droit comparé, Pescara, 1970)", París, 1970.

³⁸ M. ANCEL, cit., pp. 18ss.

³⁹ M. ANCEL, cit., p. 20.

⁴⁰ M. ANCEL, cit., pp. 22ss. Se aprecia en este punto cómo el interés por la globalización jurídica no es un fenómeno moderno.

extranjera, inexistente en el ordenamiento de quien realiza la comparación.⁴¹ La fe en la unificación remitirá de forma paulatina ante la aparición de los totalitarismos, caracterizados, entre otros elementos, por preocupaciones estrictamente nacionales.

Tras la Segunda Guerra Mundial comienza la tercera etapa del Derecho Comparado, en la que la nota dominante fue el pesimismo por los acontecimientos recién acaecidos.⁴² Las relaciones internacionales, además, se encuentran enrarecidas, circunstancia que redundaba en un menor contacto entre ordenamientos o, al menos, un escaso interés político en que dicho contacto se produzca. Surge un sistema, el propio de los Estados socialistas, que comienza a ser objeto de atención para los comparatistas. Más adelante, el fenómeno de la descolonización modifica la geografía jurídica y comienza a plantear numerosos interrogantes. Las familias legales clásicas (a las que luego me referiré) pierden nitidez y se confunden las unas con las otras. En esta época comienzan las primeras críticas a la autonomía del Derecho Comparado como ciencia y, con ellas, una cierta crisis de la disciplina.⁴³

Cabría la posibilidad de hacer referencia a una cuarta etapa del Derecho Comparado, de origen europeo y vinculada también a la geografía del viejo continente, circunstancia que probablemente no permita hablar de una cuarta etapa en otros contextos geográficos, aun cuando pueda proporcionar resultados generalizables en lo que a la metodología se refiere. Se trata del Derecho Comparado realizado en el contexto del Derecho Comunitario, a efectos de obtener la armonización de determinadas áreas, independientemente de cómo se conciba dicha armonización. Esta labor, desarrollada tanto por el ejecutivo como por los órganos judiciales comunitarios

⁴¹ M. ANCEL, cit., p. 24.

⁴² M. ANCEL, cit., pp. 26ss.

⁴³ M. ANCEL, cit., p. 27. Ya se mencionaron más arriba los trabajos de GUTTERIDGE y sus primeros cuestionamientos sobre el Derecho Comparado como disciplina autónoma.

y la doctrina, afecta tanto al Derecho Público como al Privado, y es el contexto concreto en el que se ubica este trabajo.

3.- La comparación en el Derecho Público

La objeción tradicional a los estudios de Derecho Comparado en el Derecho Público y, en concreto, al análisis de una cierta armonización⁴⁴ del Derecho Administrativo de los Estados miembros de la hoy Comunidad Europea, ha radicado en la “especialidad” de esta rama del Derecho.⁴⁵ Con este término (u otros semejantes, como es la alusión a la “*mentalité*” francesa en algunos estudios sobre Derecho público francés⁴⁶), se quiere indicar que, a diferencia del Derecho Privado, el Derecho Administrativo se basa en instituciones y tradiciones estrictamente nacionales, determinadas por la historia y firmemente enraizadas en la conciencia común. Se aporta una suerte de argumento cultural que, en apariencia, no existe en el Derecho privado.⁴⁷

⁴⁴ Sobre las diversas acepciones del término y su evolución, véase M.-B. DEMBOUR, *Harmonization and the Construction of Europe: Variations away from a Musical Theme*, EUI Working Papers, LAW 96/4.

⁴⁵ Así, BERMANN, por ejemplo, ha afirmado que “[a]un cuando el buen uso del Derecho Comparado en cualquier ámbito es un desafío, su buen uso en el Derecho Administrativo resulta especialmente amedrentador”. Cfr. G. A. BERMANN, *Comparative Law in Administrative Law*, en “L’État de Droit. Mélanges en l’honneur de Guy Braibant”, Dalloz, París, 1996, pp. 29ss.

⁴⁶ Cfr. J. BELL (y otros), *Principles of French Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, p.1. Esta obra constituye un excelente referente para quien se acerca por primera vez al Derecho francés. No sólo expone el ordenamiento jurídico de un modo claro y sistemático, aun a pesar de su necesaria brevedad, sino que indica el modo de adentrarse en su estudio, informando detalladamente sobre las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales existentes, e indicando el modo de hacer uso de ellas. La exposición se realiza de modo comparativo en muchas ocasiones, poniendo de manifiesto las diferencias o semejanzas de lo explicado con los Derechos inglés y escocés. Este aspecto puede perturbar la lectura, pero también ayudar a comprender el verdadero alcance de las instituciones, ya que la comparación implica destacar determinados aspectos de forma crítica. Un comentario de esta obra, desde el punto de vista de la doctrina francesa, se encuentra en J. ZILLER, *Yearbook of European Law*, 18 (1998), pp. 733ss.

⁴⁷ Cfr. J. BELL, *La comparaison en droit public*, en “Mélanges en l’honneur de Dennis Tallon. D’ici et d’ailleurs: harmonisation et dynamique du droit”, Société de législation comparée, París, 1999, pp. 33ss. A diferencia del Derecho Privado, entiende este autor, la comparación en Derecho Público requiere tener en consideración el contexto institucional en el que se gesta una determinada problemática jurídico-pública (p. 34). Sin embargo, la teoría del contexto en la comparación se ha desarrollado por

Este argumento cultural, sin embargo, puede ser válido tanto para una rama del ordenamiento como para otra y la razón de la tardanza en los estudios de Derecho comparado en el ámbito jurídico-público ha obedecido a otra serie de razones, entre las que se encuentran algunas que, por prácticas, no son menos importantes. Me refiero, en este último sentido, a las diferentes características del contacto entre sujetos jurídicos en el ámbito público y en el privado.

A.- Origen del Derecho Comparado en los ámbitos privado y público

El contacto en el ámbito privado, entre particulares, ha existido desde antiguo en el desarrollo de las actividades básicas del ser humano. En este sentido, se ha de destacar que una de las primeras aplicaciones prácticas del Derecho Comparado tuvo lugar en el ámbito del Derecho Privado, debido a las exigencias que al efecto presentaba el Derecho Internacional Privado.⁴⁸ Esta rama del Derecho surge indirectamente de las relaciones jurídicas⁴⁹ entre particulares sometidos a diferentes ordenamientos jurídicos. Los sujetos de derecho en este contexto son los individuos y el objeto de la regulación, en última instancia, lo constituyen instituciones (contrato de matrimonio, de compraventa, de arrendamiento...) que existen en el Derecho nacional. Sin embargo, a pesar de tratarse de instituciones, por lo general, conocidas en la mayor parte de los Estados, - no en último lugar por tratarse de operaciones básicas de la convivencia social del ser humano -, su contenido, sus límites y su particular comprensión, difieren de unos ordenamientos a otros.

los iusprivatistas (cfr. L. NOTTAGE, cit.), de manera que no queda clara cuál ha de ser la especificidad a la que con tanta frecuencia se recurre.

⁴⁸ La relación entre Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado es clara en los Estados, como Alemania, en que ambas disciplinas aparecen, por lo general, unidas en una misma Cátedra.

⁴⁹ Según la orientación "publicista", a diferencia de la orientación "privatista", el objeto del Derecho Internacional Privado son normas, y no directamente relaciones jurídicas. Sin embargo, parece claro que dichas normas parten de una realidad, cual es la relación jurídica entre particulares, y que el Derecho trata de resolver los problemas que surgen de la internacionalización de dicha relación. Sobre las diferentes posturas doctrinales, v. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1996, pp. 41ss.

Dejando al margen la problemática específica concerniente al mecanismo concreto de selección del Derecho aplicable en cada caso, la aplicación de estas normas ha puesto de manifiesto la complejidad existente a la hora de subsumir las situaciones fácticas en los preceptos jurídicos. En efecto, las legislaciones nacionales no siempre se refieren a una institución jurídica que encuentre equivalente en otros ordenamientos. Por ello, la primera tarea que se ha de acometer antes de determinar cuál es la norma aplicable en cada momento es dilucidar el exacto contenido de la regulación y, por esta razón, los estudios de Derecho Comparado han prestado desde su origen un indiscutible servicio al Derecho Internacional Privado.⁵⁰

A todo lo anterior se añade el hecho de que los aplicadores del Derecho tienen en cuenta los estudios de Derecho Comparado en la adopción de sus decisiones⁵¹, o bien se utilizan como material para la elaboración de instrumentos internacionales⁵² que habrán de ser incorporados al Derecho interno y presentar los mismos efectos

⁵⁰ ZWEIGERT y KÖTZ llegan a afirmar que los métodos del Derecho Internacional Privado son hoy, en definitiva, los métodos del Derecho Comparado. Cfr. K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Mohr, Tübingen, 3ª ed., 1996. El recurso al Derecho Comparado es claro en materia de las "calificaciones" que se llevan a cabo en el Derecho Internacional Privado y que se utilizan para identificar un supuesto fáctico con una previsión normativa. Sobre las calificaciones, aunque no se mencione expresamente el Derecho Comparado, v. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, cit., pp. 374ss. En Derecho francés, v. P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, París, 4ª ed., 1991. Para el Derecho alemán, v. el clásico J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Mohr, Tübingen, 3ª ed., 1997, pp. 98ss., donde se hace referencia a la interpretación de enunciados normativos de distintos ordenamientos, interpretación que, en definitiva, remite al Derecho Comparado. El autor expone, además, explícitamente la problemática del Derecho Comparado en el primer capítulo, el correspondiente a los fundamentos del Derecho Internacional Privado, pp. 69ss. Por último, sobre la relación entre ambas disciplinas, v. M. ANCEL, cit., pp. 9-10.

⁵¹ T. ALLEN/B. ANDERSON, *The Use of Comparative Law by Common Law Judges*, *Anglo-American Law Review* 23 (1994), pp. 435ss.; H. BAADE, *Comparative Law and the Practitioner*, *American Journal of Comparative Law* 31 (1983), pp. 499ss.

⁵² Por ejemplo, los diferentes Convenios sobre arbitraje comercial internacional (olvidado en la práctica por los jueces españoles), el Convenio de Roma, de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Convenio de Nueva York, de 1962, relativo al consentimiento en el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos. Apud J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, cit., pp. 144, 445 y 448.

vinculantes que sus propias normas. El desarrollo del Derecho Comparado en este sentido se ha agilizado en los últimos años y, con ello, han surgido grupos de trabajo y proyectos de investigación que han contribuido a su efectiva consolidación.⁵³ En la actualidad, su importancia como objeto de conocimiento en el ámbito jurídico-privado se plasma en numerosas obras⁵⁴, si bien no suele indicarse que lo que se presenta como teoría general del Derecho Comparado se ha gestado en el ámbito privado. Ello da lugar a uno de los (posibles) primeros equívocos metodológicos para los estudios comparados en el ámbito público, dado que este último parece excluirse a priori de dicha teoría general.

En el ámbito público el contacto ha presentado unos perfiles diferentes. Como es sabido, el denominado Derecho Internacional Público tradicional no regulaba, a diferencia del Derecho Internacional Privado – y con las reservas más abajo expresadas –, las relaciones jurídicas en las que uno de los sujetos de la relación era un particular, sino que se trataba de disciplinar, expresado de forma genérica, “la esfera tradicional de las relaciones diplomáticas interestatales”.⁵⁵ Los sujetos de Derecho Internacional eran Estados u organizaciones internacionales, circunstancia que paulatinamente ha evolucionado hacia una situación, aún indefinida en ciertos aspectos, que permite aceptar que, en determinadas circunstancias, el individuo es también sujeto de Derecho y, por ello, la constelación de relaciones jurídicas presenta una amplia variedad de

⁵³ V. el proyecto UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law: <http://www.unidroit.org/default.htm>).

⁵⁴ La bibliografía existente en este ámbito es abundante. Se puede seleccionar, a título de ejemplo, el clásico K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, cit. Al mismo siguen R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, París, 9ª ed. de 1988 [R. DAVID/J.E.C. BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World Today: an Introduction to Comparative Study of Law*, 3ª ed., Stevens and Sons, Londres, 1985]; P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish Publishing, Londres, 1995; P. DE CRUZ, *A Modern Approach...*, cit.; M. GLENDON/M.W. GORDON/C. COSAKWE, *Comparative Legal Traditions: Text, Materials, and Cases on the Civil and Common Law Traditions, with Special Reference to French, German, English and European Law*, 2ª ed., West Publishing Company, St. Paul, 1994.

⁵⁵ W. FRIEDMAN, *La nueva estructura del Derecho Internacional*, México, 1967, pp. 81ss. Apud J.A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2001, pp. 59-60.

posibilidades. Este sería uno de los aspectos que configura el Derecho Internacional Público moderno, esto es, el que surge en el periodo inmediatamente posterior a 1945 y que presenta, a diferencia del Derecho Internacional Público más clásico, un carácter humanista y social.⁵⁶ Más en concreto, se ha de destacar la aparición de determinados ordenamientos jurídicos dentro del Derecho Internacional (en especial y en lo que interesa en el presente trabajo, las Comunidades Europeas), cuya clasificación en las categorías tradicionales no es clara, y que se correspondería con una segunda característica del Derecho Internacional Público moderno, a saber, el cambio de un modelo de cooperación hacia un modelo de cooperación institucionalizada, con un poder político y jurídico superior al tradicional.⁵⁷ Ambas circunstancias han contribuido a que las relaciones jurídico-públicas internacionales comiencen a presentar unos perfiles similares, en ciertos aspectos, a las relaciones jurídico-públicas existentes en las estructuras estatales.⁵⁸

La importancia creciente del particular en el Derecho Internacional Público ha originado transformaciones en la propia disciplina. Ello ha sido debido, en primer lugar, a motivos de protección, fundamentalmente frente a agresiones en la esfera vital del individuo. De ahí que uno de los objetos de estudio que mayor atención despierta en la

⁵⁶ J.A. PASTOR RIDRUEJO, cit., p. 60. Más en extenso, pp. 187ss. Véase la misma discusión en la doctrina alemana: K. IPSEN, *Völkerrecht*, C.H. Beck, Munich, 3ª ed., 1990, pp. 627ss.

⁵⁷ J.A. PASTOR RIDRUEJO, cit., p. 61.

⁵⁸ Las similitudes afectan a las propias características del Derecho emanado en este contexto: la ejecutividad del mismo, la imposición de sanciones ante su incumplimiento, así como su ejecución, el sistema de responsabilidad de los poderes públicos, el desarrollo de los sistemas de protección de derechos fundamentales, el establecimiento de instancias de control dotadas de mecanismos de ejecución de sus decisiones, etc. Como señala A. CASSESE, la ejecutividad *stricto sensu* y la imposición de sanciones se han considerado en el Derecho Internacional Público clásico como manifestaciones de una única categoría: la ejecutividad de las normas. Cfr. A. CASSESE, *International law in a divided world*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 215ss. Sin embargo, el Derecho moderno tiende a realizar y aceptar la distinción, especialmente en contextos institucionalizados concretos, como es el caso del Derecho comunitario. Sobre las características del nuevo Derecho Internacional Público, incidiendo en el carácter jurídico del mismo, pero aludiendo también a ciertas teorías sociológicas, v. M.N. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 4ª ed., 1997, pp. 36ss.

actualidad sean los sistemas de protección de derechos humanos.⁵⁹ En segundo lugar, las mutaciones se han producido por la propia participación de los particulares en fenómenos o actividades globales. Así, a un elemento pasivo (en el sentido del *status* pasivo, de defensa, desarrollado por JELLINEK y aplicado en la teoría de los derechos fundamentales⁶⁰), se une un elemento activo, determinado por la participación en procesos económicos internacionales, de los que deriva una implicación política y social en entornos diferentes del lugar de origen.⁶¹ De esta situación se deriva un nuevo estatuto jurídico para las relaciones jurídicas surgidas de este fenómeno global.

Vinculada con este fenómeno se encuentra la propia definición, en constante mutación, del Derecho Administrativo⁶² y, por extensión, del Derecho Público. Así, el Derecho Administrativo ha dejado de ser única y exclusivamente un Derecho de defensa frente a la agresión, tal y como fue concebido en sus orígenes. Además, en tanto que instrumento necesario para promover y ejecutar los grandes postulados de las Constituciones democráticas en los sistemas de Estado Social de Derecho, ha de articular adecuadamente los intereses generales⁶³ para lograr maximizar todos ellos, procurando el menor perjuicio de aquellos que, en el caso concreto, hayan de resultar afectados. El Estado, el mismo sujeto que promueve, articula y ejecuta los distintos intereses públicos, participa, a su vez, en los fenómenos que se han mencionado, del

⁵⁹ En este sentido se ha de indicar que el contraste de los niveles de protección de derechos fundamentales en los diversos ordenamientos, y con ello la comparación del contenido de dichos derechos, es materia de numerosos análisis en la actualidad. Además, el desarrollo del Derecho Internacional Privado surge de las relaciones crecientes entre particulares pertenecientes a diversos ordenamientos jurídicos. De esta forma se plantean problemas prácticos que el Derecho está llamado a resolver y para lo cual resulta necesario acudir al Derecho Comparado.

⁶⁰ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Tübingen, 1919 (1ª ed. de 1905).

⁶¹ Sobre este fenómeno en el ámbito europeo, v. P. HÄBERLE, *Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Walter de Gruyter, 2000.

⁶² V. al respecto, G. MARCOU (ed.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences*, L'Harmattan, París, 1995.

⁶³ Cfr. M.S. GIANNINI, cit.

papel de jugador del tablero global. Como recuerda S. CASSESE, “el fenómeno de la globalización no es tampoco coherente, porque, mientras debería ir acompañado de una reducción del fenómeno estatal, procede en paralelo a su aumento, al menos desde el punto de vista cuantitativo”.⁶⁴ A este aumento cuantitativo, apreciable en el crecimiento del número de Estados en el planeta, se une una presencia de los poderes públicos que no disminuye. Su labor es ingente en el establecimiento de las condiciones de acceso a la economía y de participación en las misma, así como de participación en los fenómenos sociales y políticos colaterales que de ella se derivan.⁶⁵

En otro orden de cosas se ha de destacar la importancia del contacto científico entre miembros de la “plantilla jurídica”⁶⁶ de diversos ordenamientos jurídicos. La

⁶⁴ S. CASSESE, *El espacio jurídico global*, Lección magistral del Excmo. Sr. D. Sabino Cassese en el solemne acto de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002, p. 33. El atractivo, y hoy ineludible, tema de la globalización es tan extenso que requeriría un estudio monográfico, específico para alguna de sus manifestaciones. Su mención es, sin embargo, necesaria, dado que constituye uno de los elementos contextuales de la evolución del Derecho (Administrativo y Comparado, en lo que interesa en estos momentos). La bibliografía en España sobre esta materia es ya muy extensa. Baste para su comprobación el listado de títulos que constan en las bases de datos del ISBN español. Así, hasta el 30 de julio de 2003 (fecha de entrada), constan 262 títulos con la palabra “globalización” en los mismos, estando datado el primero de ellos en 1997. Destaca, como es lógico, la abrumadora mayoría de estudios de carácter económico, pero también aparecen trabajos relacionados con los derechos humanos e, incluso, los aspectos de la globalización son analizados por algunas administraciones autonómicas y provinciales en informes que estudian el impacto de este fenómeno en su respectivo territorio.

⁶⁵ En este sentido resulta de interés la obra colectiva dirigida por Mark FREEDLAND y Silvana SCIARRA, *Public Services and Citizenship in European Law: Public and Labour Law Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1998, que estudia desde un punto de vista interdisciplinar la evolución del concepto de “servicio público” y sus repercusiones en la idea de ciudadanía, que pasaría de ser una ciudadanía constitucional a erigirse en ciudadanía de mercado, cuyos contornos jurídicos requieren una clara delimitación, en especial en lo que respecta a la garantía de los derechos fundamentales.

⁶⁶ Este es el término (en alemán, “Rechtsstab”) empleado por E.V. HEYEN para designar lo que él denomina la “cultura jurídica interna”, esto es, los partícipes del proceso de creación, aplicación y discusión del Derecho en un determinado ordenamiento jurídico. V. E.V. HEYEN, *Kultur und Identität in der europäischen Verwaltungsrechtsvergleichung – mit Blick auf Frankreich und Schweden*, Walter de Gruyter, Berlín, 2000, p. 17. Sobre el papel de la cultura jurídica interna en la determinación del grado de europeización de los profesores y la asignatura de Derecho Constitucional en algunos Estados Miembros, me remito al estudio conjunto S. DE LA SIERRA/ F. DOMÍNGUEZ GARCÍA, *The Treatment of European Law in the Study of Constitutional Law: Has an Effective Europeanisation of Constitutional Law Really Taken Place?*, en J. ZILLER (ed.), “L’Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la nouvelle Constitution européenne”, L’Harmattan, París, en prensa.

comunidad jurídica, a través de encuentros de profesores⁶⁷, jueces y abogados⁶⁸, entre otros, posibilita un fluido intercambio de ideas que redunda en un mejor conocimiento de las soluciones que cada ordenamiento jurídico ha ofrecido a los problemas que la realidad ha ido planteando.⁶⁹ Asimismo, ello ha mostrado las coincidencias en lo que respecta a la consolidación de un nuevo paradigma del Derecho público⁷⁰, epítome de las transformaciones acaecidas en los ordenamientos nacionales en las últimas décadas. El nuevo paradigma, sobre el que voces más autorizadas se han pronunciado en varias ocasiones, sería un fenómeno coetáneo en diversos Estados, de forma espontánea o debido al contacto entre ordenamientos.

⁶⁷ En este aspecto concreto se puede destacar la labor desarrollada por el Grupo Europeo de Derecho Público (<http://www.uoa.gr/EPLC>) que, mediante conferencias internacionales y programas de estudio destinados a formar "juristas europeos", contribuye a la consolidación de una comunidad jurídica en el viejo continente que afronte los retos de la aproximación normativa entre ordenamientos. Sobre las actividades de este Grupo puede verse el artículo colectivo S. DE LA SIERRA y otros, *Crónica sobre la Academia de Derecho Público Europeo, Spetses (Grecia), 3 a 21 de septiembre de 2001*, RAP 157 (2002), pp. 445ss. Existen otros foros de discusión en el ámbito jurídico-público, pero suele tratarse, por lo general, de Conferencias específicas sobre un tema concreto y no con vocación de permanencia. En otras ocasiones, como es, por ejemplo, el caso del Instituto Europeo de Administración Pública (<http://www.eipa.nl>), no se trata única y exclusivamente del encuentro de juristas, sino que el ámbito subjetivo que cubre es más amplio, ya que, además del Derecho, se desarrollan otros aspectos de las Ciencias de la Administración, como es la gestión. En una línea parecida al Instituto Europeo de Administración, pero con una vocación, quizás, más académica, se encuentra el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas (<http://www.iiasisa.be>). Por otro lado, también existen foros de discusión en Internet que contribuyen a fomentar el contacto y el intercambio de ideas en el ámbito del Derecho. Entre estos foros puede destacarse EURO-LEX (inscripción mediante correo electrónico en la siguiente dirección electrónica: listserv@listserv.gmd.de). Surge preferentemente como lugar de encuentro en cuestiones de Derecho comunitario, pero las preguntas en él planteadas y discutidas superan con creces la pretensión inicial.

⁶⁸ En este apartado se puede citar el seminario desarrollado en París los días 13 a 14 de febrero de 1998, *Die juristische Zusammenarbeit zwischen Frankreich, Spanien und Deutschland : die europäische Konventionen*, organizado por el Ministerio francés de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial español, el Consejo General de la Abogacía Española y sus equivalentes en Francia (*Délégation des Barreaux de France*) y Alemania (*Deutscher Anwaltsverein*), así como la Comisión Europea mediante el programa *Gratius*. Las conclusiones del seminario se encuentran en Th. ZERDICK (dir.), *Die juristische Zusammenarbeit zwischen Frankreich, Spanien und Deutschland : die europäische Konventionen*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

⁶⁹ En este contexto podría aplicarse la teoría del P. HÄBERLE sobre el *Paradigma del desarrollo gradual de los textos*, según el que la evolución del Derecho se produce, entre otras razones, por el contacto entre ordenamientos (y sus protagonistas). Cfr. P. HÄBERLE, *Textstufen...*, cit.

⁷⁰ Sobre la aplicación de la teoría de los paradigmas al Derecho, me remito a lo expuesto más arriba.

Por último, se ha de aludir al elemento del intercambio cultural, materializado en el contacto creciente entre nacionales de los diversos Estados Miembros, debido a la libre circulación de trabajadores, a los intercambios universitarios o a la cada vez mayor cantidad de proyectos comunes en el ámbito del arte o actividades afines.

Fruto de los elementos mencionados, desde hace unos años, el Derecho Comparado ha irrumpido con fuerza en el ámbito público y lo ha hecho en el contexto del fenómeno de "Europeización"⁷¹ del Derecho público nacional.⁷² ¿Qué lugar ocupa, entonces, la especialidad del Derecho Administrativo a que hacía referencia más arriba? Algunos autores han aportado explicaciones culturales al respecto y han argumentado que la diferencia que presidía el Derecho Administrativo hace algunos años está siendo suplantada por una comunidad cultural que extiende sus efectos sobre las estructuras estatales y sociales.⁷³ El fenómeno del contacto, que había originado la necesidad de los

⁷¹ Este término es empleado por la mayoría de la doctrina, si bien otros autores prefieren referirse a conceptos como el de "consolidación", que reflejaría de modo más adecuado los efectos recíprocos de influencia no sólo en sentido vertical descendente (desde las organizaciones internacionales europeas hasta los Estados Miembros), sino viceversa, en sentido vertical ascendente e, incluso, en sentido horizontal, esto es, entre los diversos ordenamientos nacionales. Cfr. en este sentido la descripción del proyecto en internet *Consolidating European Public Law*, dirigido por Jacques ZILLER: <https://www.iue.it/OnlineProjects/LAW/conseulaw>.

⁷² La literatura en esta materia es abrumadoramente abundante y, por ello, no es posible ofrecer una lista de referencias bibliográficas con pretensiones de exhaustividad. Dado que el conjunto del presente estudio se inserta en el fenómeno de la europeización, remito a las referencias que se ofrecen en las notas del presente capítulo y de los sucesivos. Ello no obstante, se ofrece a continuación un breve elenco de obras de las que me siento tributaria, en tanto su manejo ha sido constante durante la presente investigación y que aportan, a mi entender, una muy acertada visión de conjunto: M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milán, 1999. C.-D. CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit: eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozessrecht*, Mohr, Tübingen, 1996; S. KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999; L. PAREJO ALFONSO (y otros), *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000. En fin se ha de citar una obra de carácter más general, pero que incluye reflexiones específicas que afectan al Derecho Administrativo: AA.VV., *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées. En hommage à Louis Dubois*, CERIC/La documentation française, París, 2000. Por su relevancia específica para la presente investigación quisiera destacar la contribución de R. MEHDI, *Le contentieux administratif*, pp. 143ss.

⁷³ E.V. HEYEN, cit.

estudios de Derecho Comparado en el ámbito privado, acaece también en el Derecho público y elimina la barrera científica que impedía la comparación.

B.- El aspecto cultural del Derecho Administrativo y su relación con el Derecho Comparado

Desde hace unos años se emplea una expresión, “cultura jurídica”, de la que deriva la específica “cultura administrativa”, que ha hecho fortuna en la doctrina y que es hoy objeto de múltiples estudios y discusiones.⁷⁴ El éxito de esta fórmula no parece haber venido acompañada, a juicio de algunos autores, del rigor y la seriedad científica necesarios para tenerla en cuenta como objeto de estudio en el Derecho.⁷⁵ En concreto, la alusión al elemento cultural como criterio diferenciador u homogeneizador (en las comparaciones) suele preceder a generalizaciones huérfanas de concreción y justificación en cada caso concreto, de tal manera que el resultado de la comparación no ofrece un panorama fiable del estado de la cuestión. Probablemente, esta circunstancia pueda relacionarse con las causas que han motivado el fracaso de la técnica o práctica de las “familias legales” (*legal families*) o “círculos jurídicos” (*Rechtskreise*)⁷⁶ que ha caracterizado la exposición de los manuales clásicos de Derecho comparado⁷⁷ y que

⁷⁴ Sobre el concepto de cultura jurídica en el ámbito comparado, v. H.W. EHRMANN, cit. En las páginas 6 y siguientes desarrolla el concepto de “cultura jurídica” y lo hace derivar del de “cultura política”, indicando que en ambos casos se trata de vincular el funcionamiento de las instituciones (jurídicas, en nuestro caso) con las actitudes, creencias y emociones de los operadores/aplicadores del Derecho y de los destinatarios de las normas. El concepto de “cultura jurídica” presenta similitudes con el concepto más moderno de “tradición jurídica”, entre cuyos teóricos podría destacarse a H.P. GLENN, especialmente su obra *Legal Traditions of the World. Sustainable diversity in law*, Oxford University Press, Oxford, 2000. V. también M.A. GLENDON/M.W. GORDON/C. OSAKWE, cit., donde se incluye una introducción al estudio del Derecho Comparado y donde, además, se explica el concepto de “tradición legal”, vinculado a la misma.

⁷⁵ E.V. HEYEN, cit., p. 9.

⁷⁶ Me remito a lo expuesto más abajo.

⁷⁷ K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, cit.; R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, cit.; J.-L. CONSTANTINESCO, *Ideologie als determinierendes Element zur Bildung der Rechtskreise*, ZfRv 19 (1978), pp. 161ss.

dependía, si no explícita, sin duda implícitamente, de argumentos culturales similares a los expuestos en el presente apartado.

Ello no obstante, el elemento cultural resulta imprescindible en la comparación y, como en tantas otras cuestiones, el problema que se plantea es un problema de grado (esto es, cómo y en qué medida se ha de incorporar al trabajo). Debido a esta importancia, se procederá, en primer lugar, a conocer el alcance concreto en el ámbito de la comparación del término “cultura jurídica” y, más en concreto, de “cultura administrativa”, diferenciando sus funciones en las denominadas macro y microcomparación. A continuación, se estudiará la relevancia del elemento cultural en el desarrollo de la disciplina del Derecho Comparado, para conocer en qué medida dicho elemento ha desempeñado un papel preponderante en la ubicación de esta rama del saber en el conjunto de la ciencia del Derecho. Por último, se expondrá cuál es la relevancia de ambos argumentos – los diferentes conceptos y funciones de la cultura jurídica y la relación entre cultura y Derecho Comparado – en el específico ámbito del Derecho Administrativo Comparado, para, por último, concluir en la teoría del Derecho Administrativo Europeo, que será objeto de análisis independiente en el siguiente epígrafe.

¿Cuáles son los elementos que caracterizan la cultura jurídica a efectos comparativos? En primer lugar, se han de diferenciar dos ámbitos: la cultura jurídica en la macrocomparación y la cultura jurídica en la microcomparación. Ambos términos, macrocomparación y microcomparación, son conceptos al uso en la metodología del Derecho Comparado y se diferencian, como se puede deducir de la nomenclatura, por el objeto del estudio comparativo que se lleve a cabo. Así, en la macrocomparación se pretende un análisis, por necesidad genérico, de las características principales de un determinado número de ordenamientos jurídicos (por ejemplo, el estudio de la organización judicial). Por su parte, en la microcomparación se procede a estudiar una institución jurídica concreta en diversos sistemas jurídicos (por ejemplo, la

responsabilidad extracontractual de la Administración). En este último caso, sin embargo, ello no impide (es más, resulta deseable) conectar las peculiaridades de la institución con el “contexto” jurídico, económico, político y social de la misma.⁷⁸

En la macrocomparación, siguiendo a HEYEN, la cultura jurídica constituye un concepto amplio que comprende las normas jurídicas, las instituciones de producción y aplicación de normas, los conocimientos, valores y comportamientos relacionados con las normas y las instituciones, incluidos su representación física, estilística y simbólica. Este conjunto se constituye en relación a una unidad social que no ha de ser necesariamente un Estado, sino que puede abarcar un territorio superior o inferior. En la microcomparación, el concepto es más restringido y hace referencia exclusivamente a la categoría indicada en tercer lugar, esto es, a los conocimientos, valores y comportamientos relacionados con las normas y las instituciones, pero no estas dos últimas consideradas individualmente. El ámbito de aplicación es, asimismo, una unidad social.⁷⁹ Por último, habría de diferenciarse entre los conocimientos, valores y comportamientos de los sujetos que profesionalmente están vinculados al mundo del Derecho (la “plantilla”, mencionada más arriba) – “cultura jurídica interna” – y los de quienes no lo están, ámbito en el que se aprecia la vigencia real de las normas, su efectiva aplicación y uso – “cultura jurídica externa”.⁸⁰

Estas reflexiones sobre la cultura jurídica⁸¹ han de vincularse al concepto más específico de cultura administrativa⁸², que es el que interesa a los efectos del presente

⁷⁸ Sobre las diferencias entre la macro y la microcomparación puede verse K. ZWEIGERT/ H. KÖTZ, cit., pp. 4ss.

⁷⁹ E.V. HEYEN, cit., p. 16.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ A modo de complemento, me remito al estudio de la obra de HÄBERLE y, en concreto, de sus teorías sobre la cultura y su importancia para el Derecho. Cfr. S. DE LA SIERRA, *Estado Constitucional, comunidad cultural y espacio público en Europa. Una aproximación al ensayo de Peter Häberle “Gilt es eine europäische Öffentlichkeit?”*, REDC 64 (2002), pp. 323ss.

trabajo para comprender o refutar las tesis contrarias a la comparación en el Derecho Administrativo. En este punto, HEYEN es parco, dado que simplemente menciona la importancia de la cultura jurídica interna en la consolidación de la cultura administrativa y advierte frente a la inexactitud en la equiparación de ambas categorías, cultura jurídica y cultura administrativa. Si bien la primera influye en la segunda, en especial en lo que afecta a los actores que participan en la elaboración y aplicación del Derecho Administrativo, la cultura administrativa sigue un devenir propio y se consolida como categoría independiente con características y problemas diferenciados.⁸³

La especialidad del concepto de “cultura administrativa” vendría dada, según este autor, por desarrollarse en un “contexto de comunicación” (*Kommunikationskontext*)⁸⁴ que determina no sólo la efectiva aplicación de las normas, su “realidad”, sino también su contenido normativo y los requisitos de validez. HEYEN no añade nada más, sencillamente indica que se trata de un concepto multifacial que ha de ser abordado desde varias disciplinas, afirmación que puede ayudar a comprender su significado. Entiendo, debido a la terminología empleada y a sus vínculos con otras ciencias humanas, que se está refiriendo a las teorías de la comunicación desarrolladas en el ámbito de la sociología o de la filosofía, o bien a teorías procedimentales del Derecho, vinculadas con las anteriores, que requieren la participación de una multiplicidad de autores para la creación, aplicación e interpretación del Derecho.⁸⁵ Este contexto de comunicación, que en el presente trabajo no puede más que dejarse

⁸² Tal y como recuerda HEYEN, cit., p.17, el concepto se desarrolló en los años 80, vinculado a los estudios efectuados desde la Ciencia Política en torno al concepto de “cultura política”.

⁸³ E.V. HEYEN, cit., p. 17.

⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁵ También podría tener el sentido propuesto en el contexto de la comunicación intercultural. V. H. ZOJER, *Der Interkulturalität auf der Spur. Folgt der Interkulturelle Kommunikation und der Interkulturellen Germanistik nun die Interkulturelle Übersetzung?*, *Lebende Sprachen*, 2/2001, pp. 49ss. En especial, pp. 52ss.

indicado⁸⁶, presenta interés para el análisis del desarrollo pretoriano del Derecho que ha tenido lugar desde la creación del Tribunal de Justicia de las Comunidades y, más en concreto, interesa en el estudio de la formación del sistema de tutela cautelar desarrollado en el contexto comunitario (entendido como la pluralidad de ordenamientos que conviven en el territorio de la CE). En este sentido me remito a la teoría del diálogo presentada en el capítulo 3.

La cultura jurídica (administrativa) interna remite a uno de los principales problemas metodológicos del Derecho Comparado en general y, a los efectos del presente trabajo, del Derecho Administrativo Comparado, cual es el conocer el significado de las claves, los símbolos, los códigos de la comunidad jurídica de un determinado ordenamiento.⁸⁷ En este sentido, para el estudio de un tema concreto, no basta, como es conocido, con acudir a la norma en cuestión, sino que se ha de realizar un estudio de doctrina y de jurisprudencia, mediante el cual se conocerá el alcance exacto de las instituciones. Sin embargo, el primer escollo es conocer cuál es la jerarquía de autores, cuál es su procedencia, cómo se vinculan entre sí, para, de esta manera, comprender el auténtico significado de sus textos, el que se encuentra más allá de la

⁸⁶ En efecto, se trata de una materia que correspondería a los estudiosos de la teoría del Derecho, de la sociología jurídica u otras disciplinas afines. Se menciona, dado que sin su alusión no se presentan todas las esferas de la problemática, pero remito su estudio a las disciplinas mencionadas. Esta circunstancia es indicativa de la complejidad de lo jurídico, que no puede comprenderse por entero si se aíslan sus instituciones de la realidad en la que operan.

⁸⁷ Por ejemplo, la organización jurisdiccional en Francia viene determinada, desde un punto de vista sociológico, por el perfil de los alumnos de la ENA, tanto por su origen como por los resultados finales que obtengan en la Escuela de Administración. Estos datos, que aún hoy presentan gran relevancia, han sido analizados en un estudio histórico que comprende el periodo 1879-1914 por E. ELMS, *Le Conseil d'Etat 1879-1914*, en Rapport Public du Conseil d'Etat, 1993, EDCE, Documentation Française, París, 1994, pp. 429ss. Por otro lado, para proceder al estudio del Derecho alemán se ha de ser consciente, en primer lugar, de que el saber (a nuestros efectos, especialmente en el Derecho Administrativo) se encuentra más compartimentalizado que, por ejemplo, en España. Ello se pone de manifiesto en la organización de los planes de estudio - en los que las asignaturas formativas generales, como la Historia o la Filosofía del Derecho, no son, en general, obligatorias -, así como en el tratamiento científico de los temas - a título de ejemplo se pueden citar las tesis doctorales, concebidas de modo muy diverso (más reducido y concreto) a las tesis españolas o francesas, y cuya finalidad no es necesariamente el inicio de una carrera académica -, o en la propia jurisprudencia. Esta circunstancia es importante en una primera aproximación a la literatura, en la elección de los elementos objeto de la comparación y, como en el caso anterior, en la lectura de la jurisprudencia.

letra impresa y que permitirá destapar los velos que ocultan el ser de cada instituto jurídico.

Asimismo, el análisis de cada problema jurídico en cada ordenamiento es fruto de diversos debates que han tenido lugar en el mismo y que han de ser conocidos, sin que por ello sea necesario especializarse en ellos. Así, para el estudio de la tutela cautelar, no sólo han de manejarse las leyes de la jurisdicción contencioso-administrativa respectivas, sino que ha de conocerse cuál es su ubicación en la organización jurisdiccional de cada ordenamiento y se ha de estudiar cuál es el sistema de recursos. Además, dado que, en definitiva, y como algunos autores han indicado ya, el nuevo sistema de tutela cautelar que surge desde hace aproximadamente una década no es un fenómeno aislado, sino que forma parte del nuevo paradigma del Derecho Administrativo, se ha de tener en mente cuál es ese nuevo paradigma, sea para reafirmarlo, sea para desmentir su existencia. En este sentido, no basta con conocer la organización jurisdiccional y el sistema de recursos, sino que habrá que tener en consideración, por los motivos que durante la presente tesis se expondrán, la importancia de debates tales como el relativo a la discrecionalidad administrativa y judicial, la ponderación de intereses desarrollada en el Derecho Constitucional y, más recientemente, en el Derecho Administrativo, las propuestas de economización en el poder judicial⁸⁸ y, en fin, el propio concepto de Estado al que se aplica el Derecho Administrativo.

Para todo ello es necesario, en primer lugar, contar con los interlocutores adecuados que puedan indicar la bibliografía inicial (cuál y en qué orden) para el estudio de un tema concreto, además de poder vivir y respirar la cultura jurídica que sustenta la institución que se estudia. En fin, resultan sumamente útiles determinadas obras existentes en algunos sistemas jurídicos, que dan cuenta de la evolución de la

⁸⁸ Sobre este debate en Alemania, véase Th. GROß, *Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsprozessrechtes*, Die Verwaltung 2001, pp. 371ss.

historiografía, indicando los nombres y los debates que han de ser tenidos en consideración.

La cultura jurídica administrativa remite a un segundo escollo metodológico, cual es el acertado tratamiento de la jurisprudencia en cada ordenamiento jurídico. El auténtico conocimiento de una institución jurídica pasa por el análisis de la jurisprudencia elaborada al respecto. Sin embargo, la jurisprudencia, tal y como indica HEYEN, es uno de los ámbitos en los que de modo más claro se percibe la cultura jurídica interna.⁸⁹ En este sentido, ni el estilo de las resoluciones jurisdiccionales, ni su autoridad, ni la relación entre órganos jurisdiccionales, ni la comprensión de la realidad jurídica más allá del texto, son iguales en todos los ordenamientos. En lo que afecta a la presente comparación, que considera, como es conocido, los ejemplos español, francés, alemán y comunitario (además de las necesarias referencias a la Convención Europea de Derechos Humanos), los problemas son patentes.

Así, en lo que respecta al estilo de las resoluciones judiciales, los sistemas jurídicos presentan diferencias, tanto en el tipo de argumentación realizada, como en la extensión de la motivación. El Consejo de Estado⁹⁰ francés, como es conocido, se pronuncia en términos sumamente lacónicos, que en numerosas ocasiones no transmiten de forma directa todos los pormenores fácticos y jurídicos del supuesto debatido. Para la completa comprensión de cada cuestión se ha de acudir a mecanismos determinados culturalmente, como son las Conclusiones del Comisario del Gobierno – a pesar de las críticas a que ha sido sometida esta figura⁹¹ – o la remisión que el propio Consejo de Estado realiza a sus decisiones anteriores, obviando repetir, por lo general,

⁸⁹ E.V. HEYEN, cit, pp. 18ss.

⁹⁰ Las mismas apreciaciones podrían valer para el Consejo Constitucional, ya que éste parece haber seguido el modelo del *Palais Royal*.

⁹¹ Cfr. sentencia del TEDH de 7 de junio de 2001, as. *Kress vs. Francia*, núm. 39594/98.

pronunciamientos ya realizados. En este sentido, si el análisis de la jurisprudencia normalmente requiere un esfuerzo de comprensión del contexto en que se genera cada sentencia, en el caso francés el esfuerzo es, por las razones que se acaban de explicar, aún mayor. La jurisprudencia de los altos Tribunales en España, Alemania, la Comunidad Europea o el Consejo de Europa, presenta afinidades entre sí, en la medida en que los hechos son detalladamente explicados y los fundamentos jurídicos también suelen comprender profusas explicaciones - excesivas, quizás, para algunos -, que justifican el proceder del Tribunal. Podrían destacarse dos ejemplos, el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Justicia de las Comunidades, que, en una manifestación de una fuerte vocación pedagógica, han producido un cuerpo de Derecho completo, detallado y, en el primero de los casos, en términos didácticos.⁹² A pesar de estas afinidades, se ha de destacar una importante diferencia, determinada por el acceso a los documentos en cuestión. En Alemania, las revistas especializadas realizan un filtro de la jurisprudencia considerada relevante y la publican periódicamente. Sin embargo, el relato fáctico o no se incluye o consta de manera resumida. En un ámbito como la tutela cautelar, en que la resolución se apega por completo a los hechos, esta circunstancia puede constituir un grave problema metodológico.

En segundo lugar se ha de hacer referencia, como avanzaba más arriba, a las diferencias en el concepto de autoridad entre unos ordenamientos y otros.⁹³ Así, en ordenamientos como el francés o el español, se puede ofrecer una buena panorámica jurisprudencial de una materia de Derecho Administrativo acudiendo a las resoluciones

⁹² Véase F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, pp. 434ss. (*El Tribunal Constitucional en la política española*). Una suerte de premonición de esta realidad puede verse en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001 (4ª reimpresión de la tercera edición), p. 207 (*La significación del Tribunal Constitucional en las circunstancias españolas*).

⁹³ Sobre la función del precedente en los sistemas de Derecho codificado y, con ello, sobre el concepto de autoridad en el sentido indicado en el texto, v. L. MORAL SORIANO, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

del Consejo de Estado francés o del Tribunal Supremo español. El estudio no será exhaustivo si no se completa con determinados pronunciamientos de especial relevancia de los Tribunales Administrativos y Tribunales Administrativos de Apelación en Francia o de los Tribunales Superiores de Justicia en España, pero el punto de partida es el primero. Sin embargo, en Alemania, dadas sus específicas características determinadas por su organización territorial, el Tribunal Federal Administrativo posee unas competencias mínimas y quienes conocen en última instancia, con carácter general, de los asuntos jurídico-públicos son los Tribunales Administrativos Superiores, esto es, los órganos jurisdicciones que en cada *Land* se ocupan de los recursos frente a las resoluciones de los Tribunales de lo contencioso-administrativo en la instancia. Esta circunstancia plantea problemas para la comparación, dado que para obtener unos resultados fiables, se habrá de comparar jurisprudencia equiparable.

Vinculada con el apartado anterior, se encuentra la posición de la jurisprudencia constitucional en cada uno de los ordenamientos. En una materia como la tutela cautelar, derivada del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, resulta imprescindible considerar los pronunciamientos de naturaleza constitucional que al respecto han existido. Para ello se tiene en cuenta, además, la posición de la jurisdicción constitucional en cada uno de los ordenamientos.

Por último, a estos elementos se ha de añadir uno que afecta a todos los anteriores, cual es la necesaria comprensión de la realidad jurídica más allá del texto. Ello permitirá, especialmente en cuanto al análisis de la jurisprudencia se refiere, un mayor acierto en la asimilación del espíritu que infunde la especialidad a la que tantos comparatistas se han referido.

Por ahora interesa señalar, de la mano de HEYEN, que el Derecho Comparado se desarrolla como disciplina autónoma en un momento de descrédito del positivismo normativo. Autores de principios del s. XX comprenden el Derecho desde un punto de

vista más amplio que el mero texto normativo y, en este sentido, aluden a criterios culturales para conocer el verdadero sentido de lo jurídico.⁹⁴ Esta comprensión amplia del Derecho va a suponer que se indague, además, en las experiencias de otros territorios, tanto en la creación (recuérdese la época de la codificación, presentada más arriba) como en la interpretación de normas. La vinculación del Derecho Comparado a la cultura y su estudio por los teóricos del Derecho, supuso que durante largo tiempo, y aún hoy en algunos casos, se haya considerado a esa disciplina como perteneciente a la filosofía del Derecho, exponiéndolo como epígrafe independiente en los manuales o desarrollando sus posibilidades de la mano de las teorías del Derecho ya conocidas.⁹⁵ Esta ha sido, en fin, una de las dificultades del Derecho Comparado para erigirse en disciplina autónoma y reclamar su lugar más allá de su consideración como simple método.

4.- El Derecho Público Comparado en el contexto europeo: el Derecho Administrativo Europeo

La noción de Derecho Administrativo Europeo, e incluso la terminología⁹⁶, no es unívoca. Siguiendo parcialmente una clasificación propuesta por el profesor portugués Fausto DE QUADROS⁹⁷, las acepciones del término serían cinco.

⁹⁴ E.V. HEYEN, cit., pp. 10ss.

⁹⁵ Sobre los vínculos entre ambas disciplinas, v. R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, cit., pp. 4ss. Es significativo, además, que el Derecho Comparado aparezca en algunos sistemas de clasificación, como el ISBN español, vinculado a las ciencias auxiliares del Derecho, con la Historia, la Psicología o, parcialmente, la Filosofía.

⁹⁶ El mismo fenómeno aparece en las fuentes con diferentes términos ("Derecho Administrativo Comunitario", "Derecho Público Comunitario", "Derecho Público Europeo"), si bien las diferentes nomenclaturas suelen poder insertarse en una de las cinco acepciones que se presentan en estas páginas. Esta diversificación pone de manifiesto una de las características esenciales y más atractivas de esta figura, a saber: el ser una categoría en vías de formación.

⁹⁷ *A nova dimensão do direito administrativo, O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Almedina, Coimbra, 1999.

En primer lugar se encuentran los autores que, como RIVERO⁹⁸ o, más recientemente, el alemán SCHWARZE⁹⁹, entienden que el Derecho Administrativo Europeo es una suerte de *ius commune europeum*, un producto final fruto de la convergencia de los diferentes ordenamientos nacionales. La pluralidad de ordenamientos jurídicos existentes en Europa (entre los cuáles estos autores incluyen también el Derecho producido en el seno del Consejo de Europa) es objeto de un proceso de repercusiones mutuas que redundará inexorablemente en un cuerpo normativo común. La crítica que podría efectuarse a estos autores es la inevitable uniformidad que se deduce de sus teorías y que no parece adecuarse a la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Si bien existen elementos políticos, jurídicos y económicos comunes, también es cierto que las diferencias entre ambos han de ser tenidas en cuenta. Prueba de ello es la evolución de las Comunidades en estos últimos años, evolución presidida por el afianzamiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como por un cierto desmembramiento que ha recibido ya diversas denominaciones (“Europa a la carta”, “Europa de varias velocidades”...).

En segundo lugar, el Derecho Administrativo Europeo haría referencia a las fuentes de Derecho comunitario de naturaleza administrativa, esto es, reglamentos o directivas cuyo contenido afecte a los ámbitos tradicionalmente regulados por el Derecho Administrativo en los Estados Miembros. En este concepto se incluirían las áreas de Derecho Administrativo nacional que han sido ya armonizadas. Esta parece ser la opción adoptada por los autores del manual *Derecho Administrativo Comunitario*¹⁰⁰, que

⁹⁸ J. RIVERO, *Vers un droit européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, en M. CAPPELLETTI (dir.), *New perspectives for a Common Law of Europe*, Publicaciones del Instituto Universitario Europeo, Vol. 1, Florencia 1978, pp. 389ss.

⁹⁹ V. especialmente el clásico *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der EG*, Nomos, Baden-Baden, 1988. En las páginas 5 y siguientes desarrolla el concepto de “Comunidad de Derecho Administrativo” y de “Derecho Administrativo Europeo” que son la base de toda su teoría. Más adelante, en las páginas 90 y siguientes, Jürgen SCHWARZE propone los elementos que justifican y que habrían de configurar el futuro Derecho Administrativo Europeo.

¹⁰⁰ L. PAREJO ALFONSO (y otros), cit.

exponen de forma sistemática los mecanismos de producción y aplicación de las normas comunitarias, prestando especial atención al modelo de Administración Comunitaria que participa en dicho proceso.¹⁰¹ Por lo general, estas teorías suelen considerar el fenómeno desde un punto de vista unidireccional, esto es, exponen la creación de un cuerpo común de Derecho aplicable a la Administración comunitaria, fruto de una pluralidad de normas, pero sin proceder al análisis de las repercusiones de dicho ordenamiento en otros sistemas. En este sentido, la denominación apropiada al objeto de estudio es, como indica el título del libro, "Derecho Administrativo Comunitario" y no "Derecho Administrativo Europeo". Este sentido parece seguir también Mario CHITI, quien define el "Derecho Administrativo Europeo" como *"la parte del Derecho comunitario que disciplina la organización y el funcionamiento de la Administración comunitaria y sus relaciones con los sujetos comunitarios"*.¹⁰² Sin embargo, este autor es consciente de la diversidad de opiniones doctrinales existentes en la materia y se hace eco de las mismas en las páginas sucesivas.

Una acepción menos utilizada es aquélla que identifica el Derecho Administrativo Europeo con las normas de organización y procedimiento de la Administración interna de las Comunidades, sin efectos directos en los Estados. Se trataría fundamentalmente de las cuestiones de personal y de procedimiento interno.

En cuarto lugar, el Derecho Administrativo Europeo sería el Derecho que disciplina las relaciones entre las instituciones comunitarias, especialmente la Comisión, y las Administraciones de los Estados Miembros. Esta teoría es importante en los Estados con estructura territorial descentralizada y, por esta razón, ha gozado de gran

¹⁰¹ Efectivamente, como los propios autores señalan en la introducción, se trata de un *"...tratamiento pomenorizado... de todos aquellos temas que, tradicionalmente, constituyen la parte general de la disciplina de Derecho administrativo en nuestro país, aunque, eso sí, con las adaptaciones necesarias al ámbito comunitario. Por tanto, se tratan temas como los del concepto de Administración comunitaria, el propio concepto y evolución del Derecho administrativo comunitario, los actos administrativos comunitarios, el procedimiento (o procedimientos) administrativos comunitarios, por no citar más que algunos de ellos"*.

¹⁰² M. CHITI, cit., p. 105.

predicamento en Italia¹⁰³ y Alemania¹⁰⁴, país este último donde se ha desarrollado la idea de Derecho Administrativo Cooperativo, en conexión con el principio de subsidiariedad.

Por último, habría que hacerse referencia a las teorías “dinámicas”, que se opondrían a las cuatro perspectivas expuestas, de carácter más estático. En este sentido, el objeto del estudio lo constituyen las alteraciones producidas en los ordenamientos jurídicos nacionales a consecuencia del Derecho comunitario. De ahí que los autores se refieran a la “Europeización” o “Comunitarización” del Derecho nacional, especialmente, a juicio de Fausto DE QUADROS, en el ámbito de los derechos fundamentales. Este proceso vendría determinado por la impronta del principio de cooperación, especialmente de la cooperación jurisdiccional, puesto que la recepción de la doctrina comunitaria se produciría mediante el control judicial de la aplicación del Derecho comunitario. El ámbito en el que con mayor claridad se aprecia dicho fenómeno de Europeización sería, precisamente, la tutela cautelar.¹⁰⁵

La posición que se mantiene en el presente trabajo es fruto de la unión de varias de estas acepciones. En efecto, lejos de estar claramente delimitadas unas frente otras, estas teorías se complementan, ofreciendo un método de trabajo¹⁰⁶ que permite determinar los medios y la finalidad del estudio del Derecho Administrativo en Europa.

¹⁰³ S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, en M.P. CHITI/G. GRECO, “Tratato di Diritto Amministrativo Europeo”, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 3ss. En este estudio, el profesor CASSESE realiza una aproximación a modelos históricos, caracterizados por la existencia de una pluralidad de entidades no jerarquizadas, que puedan resultar de utilidad para la comprensión de las relaciones jurídicas entre Administraciones en Europa.

¹⁰⁴ Esta sería la postura del autor alemán E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlín, 1998.

¹⁰⁵ F. DE QUADROS, cit., p. 28: “el instrumento más importante – aunque no el único – de europeización, así entendida, ha sido el de las medidas cautelares que los tribunales nacionales pueden adoptar con vista a alcanzar aquel objetivo”.

¹⁰⁶ V. en este sentido - el Derecho Administrativo Europeo como método - S. GONZÁLEZ-VARAS, *La problemática actual del Derecho Administrativo Europeo*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 1996 (1-2), pp. 2ss.

Se trata, por lo tanto, en primer lugar, de un método, cuya característica esencial sería la comparación de los diversos ordenamientos jurídicos existentes en Europa: el ordenamiento comunitario, los ordenamientos nacionales y el Derecho del Consejo de Europa, especialmente la Convención Europea de Derechos Humanos, pero también otras normas (o "*paranormas*") elaboradas en este contexto. El objeto de la comparación lo constituirían instituciones jurídicas (en el presente caso, las medidas cautelares), seleccionadas desde un punto de vista funcional, esto es, atendiendo a su función concreta en el ordenamiento jurídico, intentando prescindir, en la medida de lo posible, de apriorismos conceptuales propios de un específico sistema jurídico. Por esta razón, en el presente trabajo se han tratado de utilizar términos de carácter en cierta manera "neutro", que permitan una traducción adecuada en cada uno de los ordenamientos. Además, por lo general se ha incluido entre paréntesis el término en la lengua de origen en los supuestos en que se hace referencia a instituciones cuyo nombre original goza de difusión en la doctrina extranjera o en los supuestos en que se trata de instituciones peculiares cuya traducción al castellano resulta extraña. En este último caso se ofrece generalmente una explicación en el mismo texto o en nota a pie de página.

En segundo lugar, en la comparación se ha de procurar prestar especial atención a los fenómenos de recepción o contagio entre ordenamientos, fenómenos que indicarían la convergencia de ordenamientos que predicen los defensores del Derecho Administrativo Europeo como *ius commune europaeum*. Sin embargo, en consonancia con los autores que defienden la subsidiaridad como elemento característico de este Derecho¹⁰⁷, entiendo que, en la medida de lo posible, han de respetarse las peculiaridades propias de cada ordenamiento. En este sentido resulta paradigmática la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los principios de efectividad y de autonomía procedimental de los Estados Miembros, que se expone en el capítulo 3.

¹⁰⁷ V., por ejemplo, M. P. CHITI, cit., p. 112.

Esta jurisprudencia muestra cómo el Tribunal es consciente del necesario equilibrio entre la cada vez mayor integración europea y el respeto a ciertas tradiciones (jurídicas) nacionales. La tutela cautelar, como se tratará de exponer, es una excelente muestra de este necesario equilibrio, dado que en la misma se ha de ponderar la ejecutividad de los actos administrativos (derivada en última instancia del modo en que cada Constitución comprenda la división de poderes) y la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva a los individuos, garantía última de todos los derechos reconocidos por un ordenamiento jurídico.

II.- EL DERECHO COMPARADO COMO MÉTODO

Para el desarrollo de la cuestión del Derecho Comparado como método me centraré, en primer lugar, en la presentación de conceptos utilizados tradicionalmente en la metodología del Derecho Comparado (*familias legales*), para posteriormente analizar el problema lingüístico y, por último, mencionar las dificultades de acceso a las fuentes y del uso de determinados instrumentos.

1.- Conceptos organizatorios instrumentales: las taxonomías y, en concreto, las familias legales

El concepto instrumental de *familia legal* se atribuye generalmente a R. DAVID y a su obra: *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* (1950)¹⁰⁸. Según DAVID, los sistemas jurídicos del mundo, al igual que otras disciplinas, como la Historia de las

¹⁰⁸ P. DE CRUZ, *A Modern...*, cit., p. 22. Este autor, no obstante, considera que la atribución es errada y que la paternidad de dicho término se ha de reconocer a Montesquieu. La versión alemana es la de "círculos legales" (*Rechtskreise*). Cfr. K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, cit., pp. 62ss. Nuevos conceptos han hecho asimismo su aparición en tiempos recientes, tal y como se pudo apreciar en las diversas contribuciones al Congreso Internacional de Derecho Comparado que tuvo lugar en Bruselas los días 24 a 26 de octubre de 2002 (*Conference on Epistemology and Methodology of Comparative Law in the Light of European Integration*, Universidad Católica de Bruselas/Universidad Libre de Bruselas/European Academy of Legal Theory, Director: M. VAN HOECKE), cuyas actas se encuentran pendientes de publicación.

Religiones o las Ciencias Naturales, pueden dividirse atendiendo al concepto de familia. Sin embargo, los criterios que determinan la división no son pacíficos en la doctrina.¹⁰⁹ Las clasificaciones clásicas, las realizadas en la segunda etapa del Derecho Comparado, como se vio más arriba, se centraban en la distinción entre Derecho continental (*civil law*) y *common law*, debido a los intentos de unificación del Derecho y a las dificultades planteadas por las diferencias casi irreconciliables entre ambos ordenamientos. De aquí surgen las dos primeras grandes familias, a saber, el sistema romano-germánico y el sistema de *common law*. En la tercera etapa, se introdujo un nuevo elemento en el espectro comparado, cual es la familia del Derecho socialista. Esta clasificación tripartita persistió durante largo tiempo en los manuales de Derecho Comparado, si bien ha terminado por perder vigencia, tanto por la desaparición del bloque socialista¹¹⁰, como por la matización de las diferencias entre *civil law* y *common law*. Junto a estas tres grandes familias, han coexistido dos “grupos complementarios” que, según ANCEL, son los diversos sistemas de Derecho religioso (que otros autores proceden, a su vez, a subclasificar)¹¹¹ y los sistemas de los nuevos Estados que surgen tras la descolonización.¹¹²

No obstante estas consideraciones, el propio DAVID se hace eco de ciertas críticas a su sistematización y afirma que, según el contexto de la comparación, se habrá de atender a criterios diferentes de clasificación de los sistemas, derivados de la

¹⁰⁹ R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, cit., p. 15.

¹¹⁰ R. DAVID considera que no puede hablarse de la total desaparición de esta familia legal, debido a que, con toda seguridad, quedan secuelas de un régimen político de tan larga duración. R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, cit., p. 16, nota 1.

¹¹¹ R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, cit., pp. 367ss. DAVID discute su aceptación generalizada como familias jurídicas y lo divide en Derecho musulmán, de la India y del Extremo Oriente. Como último grupo discutido, no necesariamente determinado por criterios religiosos, se encuentra el Derecho de África y Madagascar.

¹¹² Cfr. M. ANCEL, cit., pp. 48ss. Este autor prefiere hablar de “sistemas” y no de familias legales (v. p. 42).

estructura conceptual del Derecho o sistema de fuentes, por citar algunos ejemplos.¹¹³ En este sentido, comparto la opinión de este autor y considero que, de ser útil, la clasificación en familias o sistemas legales (concepto este último que en el mundo del Derecho quizás resulte más adecuado) ha de responder a las necesidades específicas de la comparación. Se ha de tratar, además, de sistemas que presenten suficientes elementos de intercomunicabilidad¹¹⁴ como para permitir dicha comparación.

La elección de los sistemas comparados en el presente trabajo obedece, fundamentalmente, a dos razones. En primer lugar, se trata de una investigación ubicada en el contexto del Derecho Administrativo Europeo y, como ya se ha expuesto, su estudio implica el análisis de las interconexiones entre ordenamientos nacionales, Derecho comunitario y Derecho del Consejo de Europa. En el marco del Derecho Administrativo Europeo me interesa estudiar una institución específica en profundidad, esto es, desde su origen histórico hasta sus últimas consecuencias en la definición actual del Derecho Administrativo. Para ello, el número de Estados había de reducirse necesariamente, dado que un estudio exhaustivo exige que los sistemas no sean numerosos. Con estos requisitos se trataba, en segundo lugar, de elegir los ordenamientos nacionales concretos. Para ello identifiqué cuáles eran los elementos que en mayor medida determinaban el objeto de la investigación y los hallé en la transformación habida en la configuración jurídica de las relaciones entre el individuo y la Administración, así como en el proceso causal de la evolución del Derecho Administrativo¹¹⁵ y, por último, en orden, aunque no en importancia, en la específica regulación sobre medidas cautelares de los Estados.

Partiendo del caso español, el que mejor conocía y que, además, podía ofrecer datos interesantes para la comparación, elegí los modelos francés y alemán debido a que

¹¹³ R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, cit., pp. 15-16.

¹¹⁴ Cfr. M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, Dalloz, París, 3ª ed., 1998, p. 5.

¹¹⁵ Me he referido a ello más arriba, vinculándolo a la Teoría del desarrollo gradual de los textos.

han constituido (tradicionalmente) modelos opuestos de control de la Administración. Además, su destacado papel en la evolución del Derecho Administrativo español, clásico y moderno, permitían explicar sus relaciones desde el punto de vista del progreso causal, constituyendo el caso español un punto de llegada en la recepción de ambos modelos, pero también un punto de partida para la solución de nuevos problemas. Por último, este proceso se percibe específicamente en el ámbito de la tutela cautelar, circunstancia que permite cerrar la argumentación relativa a la elección de los sistemas.

2.- El problema lingüístico

Uno de los principales problemas que ha de afrontar el comparatista es el problema lingüístico, del que se pueden destacar dos manifestaciones. La primera de ellas, a la que denominaré *manifestación pasiva del problema lingüístico* es, como es fácil deducir¹¹⁶, la que presenta el acceso a las fuentes de la investigación, sean éstas documentos normativos, jurisprudenciales o doctrinales, o entrevistas, concebidas como instrumento necesario en la comparación. En este sentido puede dejarse simplemente indicado que, a pesar de la existencia de documentos traducidos al inglés o al francés, y admitiendo la fidelidad de la traducción, lo razonable es llevar a cabo una

¹¹⁶ A pesar de resultar una obviedad, quienes escriben sobre metodología del Derecho Comparado siempre mencionan esta cuestión. Cfr. M. ANCEL, cit., pp. 91ss. Este autor incide, precisamente, en el conocimiento específico de la lengua jurídica de los ordenamientos que se comparan, algo que implica algo más que la facultad de comunicación en dicha lengua. Se trata de conocer el auténtico significado de los términos empleados, circunstancia que une conocimiento de la lengua y conocimiento del objeto material del estudio. Cfr. asimismo O. LANDO, *The worries of a comparatist*, en "D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Dennis Tallon", Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 139ss. En concreto, en las páginas 141 ss. el autor se pregunta si es posible describir un sistema cuando no se conoce el idioma. Es curioso que en las pocas líneas que dedica a responder a este interrogante, LANDO muestre la actitud dubitativa clásica que acompaña al comparatista. De un lado, si sólo se comparan los ordenamientos cuya lengua se conoce, el arco se reduce necesariamente. Pero, de otro lado, al "espíritu" de las normas sólo puede accederse mediante la pausada aproximación al ordenamiento en cuestión, que únicamente puede proporcionar el conocimiento del idioma.

comparación de ordenamientos cuya lengua se conozca. Esta afirmación puede resultar baladí, pero se menciona debido a su importancia metodológica en el presente trabajo. En efecto, pese al interés que para las medidas cautelares pueden presentar modelos como el danés¹¹⁷ o el griego, el acceso a las fuentes me ha impedido incluirlas en la comparación.

La segunda de las manifestaciones del problema lingüístico, la que nos interesa en estos momentos, podría denominarse *manifestación activa del problema lingüístico*, en la medida en que hace referencia, no a la recepción, sino a la transmisión de información. Es el momento en que el comparatista expone los frutos de su investigación y ha de verter sus pensamientos, necesariamente, en una lengua, que puede coincidir, o no, con una de las lenguas propias a los ordenamientos objeto de la comparación. En este ámbito las dificultades se multiplican, dado que el estudioso del Derecho ha de ejercer, además, las veces del traductor que importa términos extranjeros y los ha de adaptar al contexto de la lengua en que escribe.

Así, en primer lugar, se ha de definir concretamente el objeto de estudio, la institución elegida y, para ello, es posible que no exista un término común, de traducción equivalente en todas las lenguas. Como habrá puesto de manifiesto la comparación, existirían semejanzas y diferencias entre ordenamientos, que probablemente impidan afirmar la absoluta homogeneidad de la institución en todos los casos y, por esta razón, el encontrar un término aplicable a todos los ordenamientos puede resultar harto difícil.

¹¹⁷ Tal y como expuso el Abogado General TESAURO en sus Conclusiones al asunto *Factortame*, Dinamarca era en aquella fecha (1990) el único Estado que carecía de un sistema de medidas cautelares para asuntos jurídico-públicos. Por esta razón, resultaría de interés comparar el ejemplo danés con un sistema consolidado de tutela cautelar de otro Estado, siempre en el contexto del Derecho Administrativo Europeo. El caso griego también sería un buen caso de estudio, dado que las medidas cautelares positivas existieron durante largo tiempo en este país, si bien única y exclusivamente en asuntos vinculados al Derecho Comunitario, impidiéndose su uso en asuntos de alcance estrictamente nacional.

En segundo lugar, tras la identificación del problema de la no-equivalencia terminológica, el comparatista/traductor tiene varias posibilidades a su disposición. Una alternativa consiste en tratar de encontrar el término que, en el ordenamiento jurídico de la lengua en que se escribe, mejor retrata la institución de que se habla. Esta variante, bastante extendida, da lugar a equívocos, ya que el lector, espontáneamente, no sólo asimilará el término, sino también su significado en el ordenamiento que conoce. Esta primera posibilidad es, en realidad, un actividad de traducción y, por esta razón, se presentará en el siguiente apartado una aproximación a las teorías de la traducción y, en concreto, de la traducción funcional, por los motivos que a continuación se expondrán. Otra opción es la aceptación del término extranjero, explicando en nota a pie de página o en el propio cuerpo del texto cuál es el sentido de la expresión, remitiendo a su desarrollo en el cuerpo del texto. Por último, se puede tratar de hallar un metatérmino, esto es, un término neutro, creado ex profeso para la investigación, que dé cuenta del significado genérico de la institución que se estudia.¹¹⁸

A.- Aproximación a las teorías de la traducción como instrumento para la comparación. En concreto, la teoría de la traducción funcional

El recurso a las teorías de la traducción se realiza desde la perspectiva del comparatista/ traductor que se ha mencionado más arriba. Si el problema de la elección del término adecuado en la transmisión de la información fruto del estudio comparado parece presentar las mismas características que la elección del término que realiza un traductor, considero que el análisis, y eventual aplicación, de las teorías desarrolladas en este último contexto puede presentar interés y utilidad.

Un acercamiento a los manuales generales sobre teoría de la traducción pone de manifiesto el primer escollo para un acertado conocimiento de la misma: los autores

¹¹⁸ Esta es la línea propuesta por algunos comparatistas y su necesaria incorporación en el Derecho Público Comparado queda patente en el programa del Congreso de Epistemología y Metodología del Derecho Comparado, al que me he referido más arriba.

coinciden en afirmar que no existe una teoría de la traducción, sino una multiplicidad de teorías, sin que ninguna de ellas presente visos de consolidarse como instrumento de aplicación mayoritaria.¹¹⁹ No obstante, sí pueden identificarse dos grandes tendencias en las que podrían subsumirse las teorías particulares: la traducción centrada en el propio texto y la traducción que no sólo parte del texto, sino que considera, además, el proceso de comunicación que el mismo conlleva. La primera representa una visión más clásica que la segunda y es objeto, asimismo, de una mayor aplicación práctica. Ésta, por su parte, se deriva de teorías más modernas, entre las que se puede incluir la teoría funcional.¹²⁰

Los puntos de partida de ambas tendencias, traducción literal y traducción funcional, difieren necesariamente. La traducción literal presta atención exclusiva a cada palabra que se traduce, procurando una cierta cohesión interna. La traducción funcional, sin embargo, no sólo busca la coherencia interna, sino que también procura obtener una coherencia externa, que sitúe el texto en su contexto y le dé el significado apropiado en cada caso.¹²¹ Se han de tener en consideración no sólo elementos

¹¹⁹ Cfr., a título de ejemplo, R. STOLZE, *Übersetzungstheorien. Eine Einführung*, Narr Verlag, Tübingen, 3ªed., 2001. Esta autora indica en la introducción a su obra que la falta de una teoría de la traducción compartida por la generalidad de la doctrina es fruto, entre otras razones, del vínculo de la traducción con otras disciplinas. En efecto, la traducción lo es siempre de textos ubicables en diferentes ramos del conocimiento, de tal manera que los traductores habrán de estar en permanente diálogo con los mismos para evitar realizar un trabajo ajeno a la realidad de su aplicación práctica. Esta autora se ha ocupado, además, de la teoría de la traducción especializada, ofreciendo elementos de debate en este ámbito que considero de gran relevancia para el comparatista. Cfr. *Die Fachübersetzung. Eine Einführung*, Narr Verlag, Tübingen, 1999.

¹²⁰ Sobre la distinción entre ambos tipos de traducción, cfr. R. STOLZE, *Übersetzungstheorien...*, cit., pp. 11 y 269.

¹²¹ En palabras de Christiane NORD, la interpretación literal o lingüística sería parangonable al producto artesanal, mientras que la interpretación funcional constituiría una auténtica obra de arte. Como la propia autora indica, una y otra teoría no pueden ser utilizadas indistintamente para cualquier texto. Por esta razón, quizás, puede resultar necesario diferenciar por materias. V. Ch. NORD, *Übersetzungshandwerk – Übersetzungskunst. Was bringt die Translationstheorie für das literarische Übersetzen?*, Lebende Sprachen, Nr. 2/88, pp. 51ss.

lingüísticos, sino también culturales¹²² y, en el caso del lenguaje especializado, se ha de disponer de un mínimo de conocimiento del contenido de la materia que se traduce, para poder ofrecer una traducción comprensible. En este sentido, puede parecer un tipo de traducción un tanto libre y, por ello, insegura, ante la que algunos lectores o especialistas pueden retroceder. Sin embargo, si la traducción es metodológicamente acertada, ofrece, a mi juicio, una mejor comprensión de la realidad situada más allá de la mera letra. Las traducciones literales, pese a respetar la letra del original, no reproducen, en ocasiones, el sustrato fáctico al que responden. Por esta razón entiendo que la teoría de la traducción funcional puede presentar interés para el comparatista y, por ello, pasaré a continuación a exponer en qué consiste esta teoría y cuál puede ser su aplicación en el ámbito del Derecho Comparado.

Entre los partidarios de la traducción funcional destaca por sus escritos la alemana Christiane NORD y, en especial, el título *Einführung in das funktionale Übersetzen*, ya citado, que constituye un excelente punto de partida para aproximarse a esta teoría. En la obra de esta autora destacan, fundamentalmente, tres conceptos: cultura, comunicación y lealtad al original (*Loyalität*), constituyendo esta última expresión la especialidad de NORD en el contexto de las teorías de la traducción funcional. Con ello se indica, como más adelante se verá, la relación entre la intención del autor del texto objeto de la traducción y el contexto cultural de la lengua de destino.

La traducción funcional surge en 1978, y se desarrolla fundamentalmente a raíz de la teoría del *Skopos* (1984), como oposición a la traducción filológica clásica. Se describe como “una actividad teleológica, para cuya adecuada realización el criterio principal es la orientación hacia la finalidad (*Skopos*)”.¹²³ NORD parte de la teoría del *Skopos*, pero se diferencia de la misma en la atención que presta no sólo al objeto de la comparación,

¹²² Sobre la creciente importancia del concepto de cultura en las teorías de la traducción, v. H. ZOJER, cit. En concreto, pp. 20ss. (*Kultur und Konvention*). V. también Ch. NORD, *Einführung in das funktionale Übersetzen*, Francke Verlag, Tübingen y Basel, 1993.

¹²³ Ch. NORD, *Einführung...*, cit., p. 9.

sino también al origen de la misma, a la intención del autor (la lealtad a que se ha hecho referencia más arriba: lealtad a la función del texto de partida y del texto de llegada). Además, tal y como la propia autora explica, le interesa el fenómeno de la traducción desde el punto de vista del proceso y no de la obra acabada,¹²⁴ circunstancia que puede presentar interés para su aplicación a la comparación jurídica entendida en el contexto de un modelo dinámico.

a.- Finalidad, función y cultura de destino

NORD comienza distinguiendo entre *finalidad de la traducción* y *función del texto*, desarrollando de este modo el concepto de *comunicación*, de gran importancia en la teoría funcionalista. La finalidad de la traducción presenta un carácter más genérico y alude a la función comunicativa que, en abstracto, cabe esperar del texto traducido. La función del texto es más concreta y depende del momento de la recepción del mismo en el contexto de una específica constelación fáctica. Existen diversos modelos de función del texto: información, opinión, llamada de atención, establecimiento, mantenimiento o finalización del contacto. La función real del texto en cada caso concreto no siempre responde exactamente a la intención original del autor, pero ello no importa si el contexto comunicativo y cultural así lo requiere.¹²⁵ En efecto, frente a quienes defienden la “equivalencia” entre el texto original y la traducción, la teoría del *Skopos*, de la que es tributaria NORD, sostiene que se ha de proceder a garantizar la “adecuación al *Skopos*”, la justicia a la función, que redundará en la justicia al autor y a la intención de su obra.¹²⁶ En este sentido, el término *equivalencia* (en el sentido técnico expuesto más arriba) no es equivocado, siempre que se precise que no se trata de una equivalencia de textos, sino de una equivalencia de funciones.

¹²⁴ Ibídem, p. 8.

¹²⁵ Ibídem, p. 9.

¹²⁶ Ibídem, p. 14.

La pregunta que lanza NORD y que presenta un gran interés para la comparación se refiere a quién determina cuál es la finalidad de la traducción.¹²⁷ En general, como constata la autora, la traducción se realiza por encargo y en el mismo queda expuesto de forma explícita o implícita cuál ha de ser dicha finalidad. Si se trata de una finalidad implícita, el traductor ha de analizar la situación de llegada para proceder a la tarea indicada. Para ello, se ha de plantear tres cuestiones:

- a) El conocimiento de la obra y de su contexto (autor, cultura) en el receptor y su cultura
- b) El sistema de valores en la cultura de recepción
- c) La existencia de un interés previo por la obra, el autor o su cultura

Si la labor de traducción se lleva a cabo en el contexto de una comparación jurídica, podría también diferenciarse entre un “encargo” explícito y uno implícito. El encargo explícito no existe en este contexto, pero podría equipararse - atendiendo a sus funciones - a las normas vinculantes en diversas versiones lingüísticas. Así, habrá de analizarse cuál es la finalidad que el autor de la norma ha perseguido con la adopción de la misma, para adecuarse a ella en todas las lenguas que vayan a ser consideradas oficiales. El ejemplo evidente son las directivas comunitarias, que aparecen precedidas, en ocasiones, de un glosario de términos cuyo contenido es obligatorio para el caso concreto de aplicación de la norma. Uno de los peligros de este sistema puede ser la incoherencia entre el término y su definición, debido a un problema lingüístico (quizás por el empleo de términos no comunes en determinados ordenamientos) como a un incompleto estudio de la institución por quien traduce y que, de esta manera, no logra plasmar en un texto la realidad jurídica a que se hace referencia.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 14ss.

Si no existe un “encargo”, entonces el comparatista ha de proceder en tanto que traductor libre y ha de seguir el esquema propuesto por NORD. Así, en primer lugar, habrá de valorar cuál es el grado de conocimiento que el receptor posee del ordenamiento jurídico en cuestión. Por ejemplo, la expresión “exceso de poder”, traducida literalmente del francés, remite ya a un conocimiento consolidado de la materia. También el término *Bundesverfassungsgericht*, en general, remite en el contexto europeo a una realidad familiar. Aunque no se sea un experto en Derecho francés o alemán, los referentes no resultan del todo desconocidos. Sin embargo, el término *Rechtsmittel* probablemente requiera mayores explicaciones.

En segundo lugar, la alusión al sistema de valores podría interpretarse en esta sede como indicativo de la jerarquía de valores constitucionales. Se habrán de analizar las equivalencias entre ambos ordenamientos para encajar la institución en su definición acertada. En el tema concreto de la tutela cautelar, este problema se presenta en el capítulo correspondiente al estatuto constitucional de la misma, dado que el contexto en el que se ha gestado puede variar de un ordenamiento a otro, si bien, como se verá, la tendencia en la actualidad es la aproximación.

En tercer y último lugar se ha de tener en cuenta la presencia de interés por el ordenamiento y la materia en cuestión. En el presente estudio se ha partido de la base de excelentes trabajos previos, de los que el texto da cuenta, si bien se ha procurado incidir en aspectos más novedosos sobre los que no existía suficiente literatura.

b.- La lealtad al original

A continuación NORD desarrolla el concepto de *justicia a la función* o de *lealtad*. En este sentido, la autora acepta que la elección de la función del texto y sus consecuencias en la traducción se encuentran constreñidas por los parámetros

culturales que presente la teoría de la traducción en la cultura de destino.¹²⁸ En el contexto actual occidental continúa pesando la traducción literal y esto es lo que se espera del traductor, si bien las normas que regulan los detalles de estas convenciones no se encuentran lo suficientemente estudiadas.¹²⁹ El problema es, además, que el autor ha podido tener varias intenciones y, si este es el caso, entonces se ha de realizar un “listado de intenciones”, que se han de ir ponderando debidamente con las posibles funciones del texto en la cultura receptora. Las funciones realizables se respetan y las funciones no realizables se sustituyen por otras realizables.¹³⁰ Se aplica lo que ella llama un “principio de subsidiariedad”, esto es, se ha de ir descendiendo en la escala propuesta, desde las soluciones más satisfactorias hasta las menos satisfactorias. Si no es posible casar funciones originales y funciones de destino (lo que suele suceder cuando los sistemas de valores difieren en gran proporción), entonces el traductor modificará el encargo de la traducción a su cuenta y riesgo. Es un problema de equilibrio, bien conocido en el mundo del Derecho.

B.- Creación de un metalenguaje?

Las dificultades de traducción que presenta el estudio comparativo¹³¹ ha llevado a algunos autores a preguntarse por la posible creación de un metalenguaje¹³² que pudiera reducir estos problemas. En la práctica existen ya diversas experiencias que

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 17.

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 18. Para el Derecho Comparado este aspecto puede presentar interés, en la medida en que hay ordenamientos que aceptan con normalidad el empleo de términos extranjeros, mientras que en otros esa aceptación plantea mayores problemas.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 19.

¹³¹ GUTTERIDGE realiza un excelente repaso a dichas dificultades. Cfr. H. C. GUTTERIDGE, cit., pp. 117 ss. (*The Problem of Legal Terminology*).

¹³² El metalenguaje es un lenguaje especializado como puede serlo el lenguaje jurídico, médico o biológico. Cfr. nota 2 de A. FELICES LAGO, *Revisión crítica de la enseñanza de los tecnicismos empresariales en España*, *Lebende Sprachen*, 2/2000, pp. 75ss. En el presente trabajo es importante, además, la noción de *lenguaje jurídico* y, más en concreto, su derivación: *lenguaje administrativo*.

responden, en cierta medida, a esta aspiración. Así, por ejemplo, podrían mencionarse los instrumentos jurídicos internacionales y, en concreto, de la Comunidad Europea, que interesa en este aspecto debido a su carácter plurilingüe. Entre estos instrumentos se ha adoptado una técnica según la cual se procede a realizar la traducción del término empleado en todas las lenguas y, en ciertos casos, a acompañarla de una definición de la realidad referida. También podrían mencionarse los glosarios elaborados por los traductores y que podrían ser de gran utilidad para los comparatistas.

Desde el punto de vista de la teoría del Derecho Comparado existen también diversas contribuciones. Así, GUTTERIDGE, que se muestra sumamente pesimista con respecto al problema terminológico en la traducción, se mostró partidario ya en 1949 – retomando una propuesta de la Academia de Derecho Comparado – de la elaboración de un Diccionario Internacional de Terminología Jurídica, que hoy en día podría equipararse a los glosarios que se han mencionado en el párrafo anterior. Resulta curioso que GUTTERIDGE considere que dicho diccionario habría de ser elaborado en cinco lenguas: italiano, francés, alemán, español e inglés, dado que es algo que en la actualidad existe, pero que resulta insatisfactorio para resolver los problemas planteados.

Expuestas las anteriores consideraciones, no creo que la creación de un metalenguaje como instrumento del Derecho Comparado sea, si no factible, tampoco útil. Desde el punto de vista de su elaboración, ya el propio GUTTERIDGE – refiriéndose en concreto al Diccionario mencionado – presentó detalladamente los escollos lingüísticos, de selección de materias e, incluso, de financiación para llevar a cabo tal empresa.¹³³ Desde el punto de vista de su utilidad, el metalenguaje respondería a un acuerdo, una transacción entre una multiplicidad de actores, con toda seguridad, tras un arduo periodo de debate y concesiones. Esta suerte de petrificación de categorías lingüísticas no respondería al carácter dinámico del Derecho, que evoluciona

¹³³ Cfr. H. C. GUTTERIDGE, cit., pp. 117 ss.

con cada nuevo conflicto social que se presenta. Se podría alegar que las nuevas tecnologías ofrecen la inmediatez necesaria para ello. Sin embargo, en la medida en que la adopción de dicho lenguaje habría de ir siempre precedido de un acuerdo con las características mencionadas, no creo, reitero, que resultara factible o útil. Entiendo, no obstante, que se debería incidir en la importancia o utilidad de las teorías de la traducción y propondría que el comparatista recibiera, además, una formación acorde con ello.¹³⁴

3.- Las fuentes: la comparación escalonada (ámbito normativo, jurisprudencia y doctrina)

Cada ordenamiento jurídico se encuentra formado por lo que CONSTANTINESCO denominó *partículas jurídicas elementales*¹³⁵: las normas, los principios y las nociones jurídicas, dividiéndose las primeras, además, en diversas categorías, cuya relevancia varía de un ordenamiento a otro. La acertada comprensión de cuáles sean estas partículas en los sistemas que se comparan y cuál sea su ubicación en el sistema de fuentes o su repercusión en el mismo representa un arduo cometido para el comparatista y, además, de ello dependen los buenos resultados de la comparación.

¹³⁴ Sobre la formación del comparatista, v. H. C. GUTTERIDGE, cit., pp. 127ss. (*Comparative Law & Legal Education*).

¹³⁵ "Un orden jurídico es la suma de las normas, de los principios y de las nociones jurídicas aplicables en el interior de la sociedad en la que está llamado a regular las relaciones. Denomino a estas normas, principios, nociones e instituciones jurídicas "partículas jurídicas elementales". Si se considera a un ordenamiento jurídico como un todo, las partículas jurídicas elementales se corresponden con las células de dicho organismo. Los juristas en general y los comparatistas en particular siempre han considerado las partículas jurídicas elementales como elementos de igual valor, algo que resulta equivocado. No hacen ninguna distinción entre ellas. En realidad, los órdenes jurídicos son otra cosa que la simple suma de sus partículas jurídicas elementales. Y lo que es muy importante para el conocimiento global de un orden jurídico no es el conocimiento minucioso de la totalidad de sus partículas jurídicas elementales, sino el lugar y la posición que algunas de ellas tienen en el interior de dicho orden jurídico". Cfr. L.-J. CONSTANTINESCO, cit., p. 213. La teoría de CONSTANTINESCO es buena muestra de la influencia mutua que ejercen las diversas ramas del conocimiento entre sí, dado que en ella es patente la repercusión de los descubrimientos sobre la estructura del cuerpo humano que tuvieron lugar en aquella época.

Para conocer cuáles son dichas partículas y cuál es su relevancia en cada ordenamiento, se ha de acudir a las obras generales no sólo sobre el sistema jurídico en cuestión, sino también, y más concretamente, sobre el ámbito específico del Derecho que se esté comparando. En ello, sin embargo, surge otro problema, cual es la selección de la bibliografía adecuada, así como el conocimiento de la jerarquía bibliográfica, las tendencias, las escuelas, las líneas de investigación. En lo que respecta al Derecho Administrativo, como ya se indicó, hay pocas obras que den cuenta de estos pormenores y lo que parece presentar más utilidad son las estancias de investigación en el país cuyo ordenamiento se estudia, que habrán de consistir no sólo en la recopilación de material bibliográfico, sino también en entrevistas con miembros de la comunidad jurídica. Los interlocutores habrán de ser elegidos en función del tema objeto de la investigación. Así, además de académicos, con quienes se podrán discutir cuestiones de índole más teórica, para comprobar que se ha acertado a comprender la esencia de la institución jurídica, en buena parte de los casos resulta de gran utilidad mantener conversaciones/entrevistas con miembros de la judicatura, para conocer el lado práctico, su efectiva utilización. Ambas variantes han resultado de gran utilidad en la presente investigación.

Más arriba me he referido a los motivos que me condujeron a seleccionar los ordenamientos jurídicos objeto de la comparación. Entre otros, mencioné la intención de agotar el estudio de una institución, la tutela cautelar contencioso-administrativa, en todos ellos. Por esta razón, el número de sistemas comparados habría de verse necesariamente reducido, de manera que el dilema entre el análisis general y la exhaustividad lo tuve que resolver del siguiente modo. Si bien existen apartados donde ha sido necesario realizar un análisis general, dado que se trataba de recordar cuestiones generalmente conocidas, pero cuya mención era necesaria en la investigación, en general se ha optado por una exhaustividad (al menos tendencial), tanto en el uso de las

fuentes, como en la disección de la problemática relativa a las condiciones de adopción de las medidas cautelares.

El uso exhaustivo de las fuentes ha seguido un orden jerárquico, como mencionaba. Así, en primer lugar, se ha pasado revista a la bibliografía existente en cada ordenamiento sobre el control jurisdiccional de las Administraciones Públicas, el sistema general de medidas cautelares y los problemas concretos de esta institución procesal. Una vez identificados los elementos más interesantes para la profundización, de la mano de la normativa pertinente, se procedió a analizar la jurisprudencia, diferenciando entre los diversos ordenamientos en el modo expresado más arriba. Además del esmero de la selección y la jerarquía de la bibliografía relevante, la selección y aprehensión de la jurisprudencia es probablemente la dificultad más remarcable, tanto por el laconismo de las resoluciones judiciales, en algunos casos, como por las diferencias de estilo, de argumentación e, incluso, de publicación.

CAPÍTULO 2

LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

INTRODUCCIÓN

La sociedad moderna se enfrenta al fenómeno temporal, a su aceleración, a su consolidación como eje de nuevos modelos de vida y convivencia. Los ordenamientos jurídicos han reaccionado frente a estas necesidades y para ello se han establecido de forma creciente instrumentos de urgencia que operan frente a la lentitud. Este fenómeno ha generado una cierta confusión en cuanto a los medios para frenar los problemas derivados de esta nueva concepción del tiempo, medios entre los que se encuentran de manera especial, pero no absoluta, las medidas cautelares.

A esta realidad se une la propia dinámica del Derecho procesal administrativo, presidido por las lentas formas de la justicia, en cohabitación con la perentoriedad que para la tutela judicial de los particulares presenta el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos.

La cuestión tiene, sin embargo mayor alcance, debido al éxito de las instituciones creadas para hacer frente a la lentitud. En efecto, la aplicación de las medidas cautelares a un creciente número de supuestos ha aumentado los tiempos procesales, de manera que ha sido necesario adoptar medidas cautelares que siguen criterios de adopción menos rigurosos durante la tramitación del proceso cautelar que podríamos denominar "primario". Por estas razones resulta indispensable una redefinición de esta institución, así como la adecuada diferenciación de categorías afines, pero distintas.

Es cierto que las definiciones, en la medida en que suponen una limitación, no suelen responder por completo a la realidad a la que se refieren. Sin embargo, desde un punto de vista operativo resultan necesarias, en especial, en un trabajo de Derecho comparado. Si uno de los rasgos que caracterizan al comparatista es la desconfianza ante eventuales similitudes, la clarificación de la terminología empleada y de las instituciones a que se refiere la misma es indispensable. En este sentido, pese a que por motivos instrumentales se haya de indicar el concepto de medidas cautelares que se maneja en el presente estudio, se ha dejado a las instituciones “que hablen por sí mismas”, indicando cuáles son las características que lo conforman. Por esta razón, la conclusión que cabe extraer no es una definición, sino una aproximación a la naturaleza, al “yo” de esta institución.

Se ha de indicar desde este momento que la doctrina emplea en ciertos casos la expresión “medidas cautelares” para referirse a la pluralidad de instrumentos procesales que posibilitan la adopción de resoluciones rápidas, sin exigir que en todo caso concurren las notas que constituyen el núcleo duro de la institución. En el presente trabajo se emplea el término “medidas cautelares” desde un punto de vista positivista, es decir, para hacer referencia a las medidas que cabe adoptar al amparo de los artículos 129 a 136 de la Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la regulación francesa del *référé* administrativo en el Código de Justicia Administrativa, de los artículos 47, 80 y 123 de la Ley alemana de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de los artículos 242 y 243 del Tratado de la Comunidad Europea. Además, se han de tener en cuenta sus equivalentes en la legislación especial, así como otras figuras dispersas en la normativa de las que se hará mención a su debido momento.

I.- EL CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES

El término “medidas cautelares” que se emplea en el presente trabajo hace referencia, por tanto, a las medidas instrumentales que pueden ser acordadas por el juez en un procedimiento, para proteger provisionalmente los bienes, derechos o intereses de las partes y de esta manera evitar que la resolución final del proceso se vea desprovista de objeto. Sus características son la instrumentalidad, la provisionalidad y, en ciertos casos, la homogeneidad con las medidas de ejecución de la resolución judicial.¹³⁶ Ello no obstante, la terminología empleada en los Derechos nacionales para referirse a estas técnicas procedimentales varían de un ordenamiento a otro. En Derecho internacional o supranacional (incluyendo aquí el Derecho comunitario y del Consejo de Europa) las expresiones utilizadas derivan de las fórmulas importadas de los ordenamientos jurídicos nacionales. Resultaría de interés el verificar, además, en qué medida la importación de dichos términos viene acompañada de toda la dogmática nacional sobre dicho concepto.

Los debates sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares afectan a la denominación misma de esta institución. Así, el término “medidas cautelares” habría de aplicarse si la concepción que se defiende es la de una concatenación de actos independientes y no reconducibles a una unidad.¹³⁷ En este caso, las medidas cautelares no aparecerían, en principio, como un proceso autónomo, sino como un incidente del proceso declarativo o como un medio de aseguramiento del proceso ejecutivo. El

¹³⁶ Sigo para el desarrollo de esta cuestión los estudios clásicos de la doctrina italiana, que son la base de la concepción actual de las medidas cautelares, tal y como constató en su día el Abogado General TESAURO en sus conclusiones al asunto *Factortame*. Véase especialmente P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Pádova, 1936. Además, se ha de destacar que la naturaleza de las medidas cautelares es un aspecto tratado por las doctrinas italiana y española, mientras que en Francia y Alemania no suele ser objeto de desarrollo.

¹³⁷ Cfr. S. BARONA VILAR, *Las medidas cautelares: introducción*, en “Las medidas cautelares”, OGPJ, Madrid, 1993. Sobre esta cuestión se volverá más adelante en este mismo capítulo.

término de “proceso cautelar” se emplea por quienes consideran la función cautelar como un proceso autónomo, aunque instrumental, de los procesos declarativo y ejecutivo. La consecuencia sería la existencia de unas normas específicas de competencia o de procedimiento privativas para este proceso. La crítica a esta última concepción es la falta de sistemática, por cuanto la regulación de la institución no es un bloque homogéneo, sino que se encuentra dispersa en lugares diversos de la legislación. Sin embargo, se ha de indicar que en los procesos de declaración y de ejecución se plantea un problema idéntico.

1.- Precisiones terminológicas

En Derecho español, hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 no se mencionan de forma expresa las “medidas cautelares”. Con su inclusión se siguen las propuestas de la doctrina y la práctica de la jurisprudencia. Sin embargo, bajo la expresión general de “medidas cautelares” la ley distingue dos regímenes en función de la pretensión del recurrente (arts. 130 y 136), de un modo que podría asemejar la regulación española a la alemana y que, además, podría comportar consecuencias para la naturaleza de la institución que regulan. Con ello, como más adelante se desarrollará, parece que es posible hablar de auténticas medidas cautelares en el primer caso y de una institución cercana al interdicto administrativo, en el segundo. En fin, la proliferación de sistemas de medidas cautelares en la legislación especial sin un vínculo dogmático común confirmaría esta diversidad de naturalezas bajo idéntica nomenclatura.

En Derecho francés las expresiones utilizadas para hacer referencia a las medidas cautelares eran dos hasta la entrada en vigor del nuevo Código de Justicia Administrativa en enero de 2001: los *procedimientos de urgencia* (incluyendo el denominado

référé) y el *sursis à exécution*, o suspensión, que se diferenciaba de los anteriores.¹³⁸ En la actualidad, el término que engloba todas las medidas que pueden ser adoptadas para vencer los efectos del tiempo en relación con el proceso es el de *référé*. Aquí se encuentra la primera de las dificultades técnicas, ya que el término *référé* incluye auténticos procesos rápidos o sumarios y no únicamente las medidas instrumentales a las que me he referido más arriba. Cabe preguntarse si el *référé* ha de ser, en efecto, un concepto común o si han de establecerse distinciones entre los diversos regímenes jurídicos, diferenciando las auténticas medidas cautelares de los, en puridad, procesos sumarios. La respuesta del legislador no aclara la situación, ya que las normas procedimentales son, en general, idénticas para uno y otro caso.

En Derecho alemán existen dos tipos de medidas cautelares, a saber: la suspensión, o *aufschiebende Wirkung*, y la orden provisional, o *einstweilige Anordnung*. En ambos casos rige la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1960, que establece dos regímenes jurídicos diferenciados, que se han visto alejados aún más el uno del otro en su aplicación jurisprudencial. Las divergencias se aprecian, además, en cada uno de los campos materiales de aplicación, circunstancia que permite hablar de un abanico de regímenes paralelos con distinciones notables. De otro lado, en especial debido al diverso tratamiento de la condición del *fumus boni iuris*, es posible incluso de hablar de una distinción idéntica a la existente en Derecho francés entre las medidas estrictamente instrumentales y los procesos rápidos con plazos breves. En fin, debido a la influencia del Tribunal Constitucional, criticada por algunos autores a causa de su activismo en esta materia,¹³⁹ las medidas cautelares en el contencioso-administrativo han sufrido una evolución hacia el establecimiento de auténticos procesos sumarios. Al

¹³⁸ Véase por todos R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 9ª ed 2001, núms. 1510ss.

¹³⁹ Cfr. J. BERKEMANN, *Das "verdeckte" summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, JZ 1993, pp. 161ss.; del mismo autor véase *Das Bundesverfassungsgericht und "seine" Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik*, DVBl 1996, pp. 1028ss. Una opinión más general en J. SCHMIDT, *Der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf das Verwaltungsprozessrecht*, Verwaltungs-Archiv 92 (2001), pp. 443ss.

igual que acaece en Derecho francés, se ha de clarificar cuáles son los instrumentos que responden a la definición de las medidas cautelares, dado que sólo éstos seguirán su régimen jurídico.

En Derecho comunitario las medidas cautelares estaban previstas en el Tratado CECA en un solo artículo (algo habitual en las jurisdicciones internacionales). Los Tratados de 1957, constituyentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, incluyeron dos artículos diferentes (hoy son los arts. 242 y 243 TCE), que distinguían la suspensión y otras medidas cautelares.¹⁴⁰ En lo que interesa a la comparación sobre la naturaleza de estas medidas, no se puede tener en cuenta el tenor literal de los Tratados, del Estatuto del Tribunal y de los Reglamentos de Procedimiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, debido al hecho de que las lenguas oficiales de los Tratados son varias. Si bien el proceso ante el Tribunal, en especial las medidas cautelares, parece haber sido importado del Derecho francés,¹⁴¹ ello no comporta, evidentemente, una obligación de asumir el contenido de la institución francesa.¹⁴² Desde el punto de vista nacional, en

¹⁴⁰ Ciertos autores opinan que el doble régimen obedecía a la distinción entre los asuntos públicos y privados de los que debía conocer el Tribunal. Véase M. SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, en *Revue belge de droit international*, 1967-1, pp. 127ss., especialmente pp. 131 y 132. Ello no obstante, la evolución del Derecho comunitario podría ser también considerada un reflejo de las evoluciones en los Derechos nacionales. Tras la Segunda Guerra Mundial, Alemania hubo de dotarse de un orden jurídico propio, incluyendo una ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa con un sistema propio de medidas cautelares. La ley, que entró en vigor en 1960, distinguía entre la suspensión y otras medidas cautelares. De otro lado, también Francia estaba inmersa en un proceso de modificación del propio modelo del contencioso-administrativo y, en especial, de las medidas cautelares. En 1955, la ley de 28 de noviembre autorizó a los Tribunales Administrativos de primera instancia a adoptar medidas cautelares distintas de la suspensión, que seguían un régimen jurídico también diferente. Esta distinción será la que adoptarán los Tratados de 1957, quizás a causa de la actividad del decano VEDEL en la comisión encargada de elaborar los Tratados.

¹⁴¹ Para una discusión de esta afirmación, véase J.A. CARRILLO SALCEDO, *La recepción del recurso contencioso-administrativo francés en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1958.

¹⁴² Sobre la influencia de los conceptos nacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, v. J. USHER, *The influence of national concepts on decisions of the European Court*, *European Law Review*, 1976, pp. 359ss.

cada Estado las medidas cautelares son estudiadas con las connotaciones del término en cada lengua, si bien con alta probabilidad, los Derechos “metropolitanos” o con mayor grado de influencia sobre otros ordenamientos, impondrán su visión de las cosas. Las dificultades para la comprensión y la comparación de estas medidas comienza en los apriori culturales presentes en las diversas modalidades lingüísticas.¹⁴³

El Consejo de Europa no presenta el mismo tipo de problemas que el Derecho comunitario, ya que las lenguas oficiales son únicamente dos: el inglés y el francés. El art. 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere a las “mesures provisoires” en francés y a las “interim measures” en inglés. La Recomendación del Comité de Ministros nº R (89) 8, de 13 de septiembre de 1989, versa precisamente sobre la “protection juridictionnelle provisoire” en francés y emplea la fórmula “provisional court protection” en inglés. Con ello, y ante la ausencia de ulteriores precisiones, las dificultades en este contexto son fundamentalmente de orden ontológico, y la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en el Derecho del Consejo de Europa ha de ser todavía clarificada. Por ello, se expondrán a continuación las tres dimensiones de las medidas cautelares en este orden jurídico.

En primer lugar se encuentran las medidas que pueden adoptar los órganos de protección de los derechos fundamentales en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal y, anteriormente, la Comisión). Esta competencia, que se ha estudiado fundamentalmente a raíz de la jurisprudencia *Soering*¹⁴⁴ y *Cruz Varas*¹⁴⁵,

¹⁴³ Ello no obstante, tal y como se ha indicado por la doctrina, “*aunque el Derecho comunitario emplea conceptos jurídicos tomados de los distintos Derechos nacionales, el significado de dichos conceptos no es necesariamente el mismo que el que reciben en Derecho interno*”. Cfr. A. CALOT ESCOBAR, *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva. La necesaria desconfianza ante la falsa claridad de las normas comunitarias (los malos entendidos de un derecho plurilingüe)*, en “Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva”, Consejo General del Poder Judicial/Gobierno Vasco, Vitoria, 1995, pp. 261ss. (p. 278).

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989.

presenta todavía aspectos oscuros y, a diferencia del sistema jurisdiccional en el Derecho comunitario, no constituye en principio un modelo obligatorio para los Estados Miembros, si bien ésta es una cuestión controvertida.¹⁴⁶

En segundo lugar se encuentran las medidas cautelares que forman parte del derecho a una tutela judicial efectiva según los derechos reconocidos por el Convenio. Al respecto se ha de realizar otra precisión. Siguiendo la tradición común a ciertos Estados, la tutela cautelar forma parte del derecho a una tutela judicial efectiva, esto es, el Tribunal de Derechos Humanos podría desarrollar un “estatuto constitucional” (vinculado a los derechos fundamentales y, con ello, a los fundamentos de la organización social y política) de las medidas cautelares deduciéndolo de los artículos 6 y 13 del Convenio. A pesar de que el art. 6, como es sabido, no hace referencia expresa más que al Derecho privado y al Derecho penal, el Tribunal ha extendido su campo de aplicación al Derecho Administrativo en ciertas de sus manifestaciones.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1989; sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 1991, que no sigue el informe de la Comisión en este aspecto.

¹⁴⁶ Sobre el valor jurídico de los efectos de los autos de medidas cautelares adoptados por los órganos de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como sobre el vínculo con el derecho a una tutela judicial efectiva, véase R. St. J. MACDONALD, *Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights*, ZaöRV, 52 (1992), pp. 703ss. Se ha de retener lo que afirma MACDONALD en la introducción a su trabajo: “La cuestión del alcance de la potestad para adoptar medidas cautelares que tienen los órganos establecidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene un impacto importante en el grado efectivo de protección de dichos derechos”. En relación también con la efectividad de la tutela jurisdiccional, vid. G. COHEN-JONATHAN, *De l'effet juridique des “mesures provisoires” dans certaines circonstances de l'efficacité du droit de recours individuel : à propos de l'arrêt Cruz Varas de la Cour EDH*, RUDH 3 (1991), pp. 205ss. En general, sobre el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa tras la reforma operada por el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, incluyendo la cuestión concreta que se acaba de tratar, v. A. QUERALT JIMÉNEZ, *El tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003. Para ulteriores referencias me remito a lo expuesto en el capítulo 4.

¹⁴⁷ La aplicación del art. 6 únicamente a los Derechos civil y penal ha sido largamente criticada, en especial si se considera que esta restricción ha sido debida a una interpretación lingüística equivocada. Cfr. recientemente R. STREINZ, *Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, VVDStRL 61 (2002), pp. 300ss. [pp. 306ss.].

En fin, en tercer lugar, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, como ya se ha indicado, elaboró en su día una Recomendación dirigida a los Estados miembros proponiendo un modelo de tutela cautelar en el contencioso-administrativo, si bien "*ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada como impedimento para un Estado para ir más allá de las normas mínimas, o como límite de las garantías ya reconocidas por un Estado miembro*".¹⁴⁸ A pesar de que esta Recomendación no tiene valor obligatorio, el hecho de que exista indica al menos la presencia de una suerte de núcleo común en la comprensión del instituto jurídico estudiado.

De estas tres dimensiones destaca el vínculo de la tutela cautelar con los derechos fundamentales y, en concreto, con la tutela judicial efectiva. Dado que esta cuestión se desarrolla en el capítulo 4, me remito al mismo para ulteriores precisiones.

2.- La creación doctrinal de supraconceptos y su pertinencia en la tutela cautelar

La proliferación de instrumentos destinados a vencer los efectos del tiempo en el proceso y que obedecen, por tanto, a idéntica lógica ha llevado a la doctrina a la creación de supraconceptos que admitan en su seno diversas variantes normativas. Esta necesidad se ha visto acuciada por la ausencia de una denominación común en el ordenamiento jurídico que permita hacer referencia a un *nomen iuris* concreto.

Así, como se ha indicado, la legislación procesal administrativa en España no incluye la denominación de *medidas cautelares* hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998.¹⁴⁹ En Francia, reitero, el Código de Justicia Administrativa de

¹⁴⁸ V. punto núm. 10 de la Exposición de Motivos.

¹⁴⁹ Si bien las referencias que se realizan en el presente epígrafe lo son a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cuestión de los supraconceptos en la tutela cautelar es un fenómeno común a todas las ramas del ordenamiento. Cfr. F.J. RODRÍGUEZ PONTÓN, *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 34.

2001 alude por vez primera con el título genérico de *référé* a todos los instrumentos que hasta entonces se habían conocido como procedimientos de urgencia y suspensión de actos administrativos, amén de otros de nuevo cuño. De otro lado, en Alemania también se emplea un supraconcepto, *vorläufiger Rechtsschutz* (tutela cautelar), para englobar tanto la suspensión como las órdenes provisionales. En el Derecho comunitario, como decía, el empleo de supraconceptos deriva de cada lengua oficial y, por tanto, no puede incluirse en la comparación a los presentes efectos.

La inclusión de la suspensión de los actos administrativos y de otras medidas cautelares bajo el nombre genérico de *medidas cautelares* pudiera plantear algún problema de orden conceptual, dado que el régimen jurídico de una y otras ha variado históricamente en buena parte de los ordenamientos. La suspensión es la medida característica del contencioso-administrativo, aquella que la diferencia de otros procesos y que se justifica por las características que tradicionalmente han definido los actos administrativos.¹⁵⁰ Ello no obstante, desde un punto de vista doctrinal, pese a la existencia de monografías específicas sobre la suspensión de actos administrativos – debido al carácter paradigmático al que me he referido –, la consideración de la suspensión como partícipe de la naturaleza de las medidas cautelares no ha presentado dudas o elementos de reflexión.¹⁵¹ En efecto, las características de la instrumentalidad, la provisionalidad, la urgencia y la funcionalidad se predicen también de este instituto jurídico. Algunas diferencias procedimentales, como es la suspensión automática en determinados ordenamientos, no son sino manifestación de la especialidad de que goza

¹⁵⁰ Algún autor ha afirmado que la suspensión de los actos administrativos como medida cautelar en la jurisdicción no es sino una especie del género “suspensión” en todas sus posibles manifestaciones en el Derecho Administrativo. Cfr. J.L. MEILÁN GIL, Prólogo al libro de J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 21.

¹⁵¹ E. OSORIO ACOSTA llega a idéntica conclusión desde una perspectiva opuesta, esto es, desde la propia suspensión, que extiende su régimen jurídico a las nuevas medidas cautelares que de esta manera se van incorporando al contencioso-administrativo. Así, afirma que “[l]a suspensión es la medida cautelar por excelencia. Sus caracteres, utilizados muchas veces de referencia, son los mismos que se predicen del resto de medidas cautelares”. Cfr. E. OSORIO ACOSTA, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 42.

la suspensión en el contencioso-administrativo. Ello es así tanto por su frecuencia (es la medida cautelar más solicitada), como por sus efectos, ya que puede presentar problemas respecto de la prohibición de prejuzgar el fondo del asunto y de la irreversibilidad de su aplicación.

La utilidad de los supraconceptos es innegable, y lo fue en especial en aquellos momentos en que las medidas cautelares no desempeñaban el papel que se les ha atribuido en la actualidad. La necesidad de reconducir sus diversas manifestaciones a un régimen común hacía indispensable la creación de un centro conceptual de imputación, esto es, la creación de un supraconcepto. Sin embargo, la evolución posterior ha demostrado cómo el supraconcepto ha dado entrada a instituciones que, si bien guardan un vínculo con la tutela cautelar, no son en puridad medidas cautelares. Este es en cierta manera el sentido de que dota RODRÍGUEZ PONTÓN a la evolución del supraconcepto de *medidas cautelares*.¹⁵² Este autor analiza las mutaciones que ha sufrido dicho supraconcepto, desde una visión clásica, dependiente de la instrumentalidad, la provisionalidad y la garantía de la ejecución de la sentencia, hacia una versión más moderna, en la que se afianza la independencia de esta institución.¹⁵³ Si, en efecto, el supraconcepto de medidas cautelares ha dado entrada a instituciones diferentes de las medidas cautelares en sentido estricto, caben dos soluciones. O bien se amplía la definición de las medidas cautelares, perdiendo por tanto en precisión, o bien se ha de restringir la aplicación del concepto a las medidas cautelares clásicas, restringiendo también el ámbito de aplicación de su régimen jurídico. Entiendo que la solución más coherente sería la segunda, dado que el interés de los conceptos es la atribución de un concreto régimen jurídico y, de apreciarse disparidades en este último, habrán de tenerse en consideración en su tratamiento teórico.

¹⁵² Cfr. F.J. RODRÍGUEZ PONTÓN, cit., pp. 33ss.

¹⁵³ Véase F.J. RODRÍGUEZ PONTÓN, cit., especialmente p. 37.

II.- LA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO A TRAVÉS DE SUS CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS

Las precisiones terminológicas que se acaban de realizar han ayudado a determinar, con un carácter introductorio, los problemas referentes a la naturaleza jurídica de la institución que se está estudiando. Se ha constatado cómo existe una pluralidad de regímenes jurídicos derivados de la urgencia, a pesar de que no todos puedan ser considerados como medidas cautelares en sentido estricto. Para precisar su naturaleza se ha de acudir a las características que las definen, características que se exponen a continuación.

Según una tipología al uso, las notas distintivas de las medidas cautelares son la instrumentalidad, la provisionalidad y la homogeneidad con las medidas ejecutivas. Siguiendo la teoría general de la tutela cautelar, válida tanto para los ordenamientos internos como para el ordenamiento comunitario, añadiría la funcionalidad y la urgencia, si bien con ciertas matizaciones.

1.- El concepto de instrumentalidad: reflexiones en torno a la posible autonomía procesal de las medidas cautelares

La instrumentalidad es una de las características que definen las medidas cautelares, tal y como se deduce de la legislación vigente y constatan los trabajos que hasta la fecha han versado sobre la materia, siendo tributarios de la teoría elaborada al respecto por CALAMANDREI.¹⁵⁴ En efecto, según el profesor florentino, las medidas

¹⁵⁴ La unanimidad sobre esta característica ha sido constatada por SERRA. V. M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general de las medidas cautelares*, en M. SERRA DOMÍNGUEZ/F. RAMOS MÉNDEZ, "Las medidas cautelares en el proceso civil", Barcelona, 1974.

cautelares son “instrumentos del instrumento” que es el proceso.¹⁵⁵ La instrumentalidad comporta una consecuencia procesal, cual es el hecho de constituir una condición de admisibilidad de la demanda y, por ende, el de erigirse en eje central del procedimiento cautelar.¹⁵⁶ Desde el momento en que la instrumentalidad comporta el núcleo definitorio de las medidas cautelares, todos aquellos instrumentos que no respondan a este criterio parece que habrán de ser considerados como portadores de otra naturaleza jurídica.

La instrumentalidad es calificada también como “accesoriedad” y, en este sentido, se considera que la medida cautelar es materialmente accesoria del procedimiento principal, característica que responde a las exigencias de protección de los derechos individuales garantizada, a su vez, por el derecho a una tutela judicial efectiva.¹⁵⁷ FONSECA alude a una pluralidad de denominaciones (“subsidiariedad”, “auxiliaridad protectiva”, relación de “preordenación-anticipación”, de “necesaria complementariedad”, “unión funcional” o “relación funcional”), constatando que la mayor parte de la doctrina continúa apegada a la terminología acuñada o difundida por CALAMANDREI.¹⁵⁸ En fin, LEHR también se hace eco de la plurisemia existente al respecto en la literatura jurídica. Así, mientras en Italia se emplea el término “subsidiariedad” para referirse a la instrumentalidad, en Alemania se prefiere erróneamente, a juicio de LEHR, la expresión “conexidad”. El vocablo “conexidad” haría referencia, según este autor, a una relación de reciprocidad, mientras que lo que

¹⁵⁵ P. CALAMANDREI, cit., p. 22.

¹⁵⁶ Sobre esta cuestión *in extenso* me remito al capítulo 6. En dicho capítulo se presentan los efectos de la instrumentalidad para con las medidas provisionales.

¹⁵⁷ Esta es la argumentación existente en Alemania. Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, Munich, 4ª ed., 1998. En este mismo sentido, W. WIESELER, *Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, pp. 31ss. (suspensión) y 171ss. (órdenes provisionales).

¹⁵⁸ Cfr. LCM. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 86-87.

caracteriza a la instrumentalidad no es una relación de reciprocidad, sino de dependencia.¹⁵⁹

Para identificar las medidas cautelares los autores emplean dos criterios, uno teleológico y otro estructural. El criterio estructural apela al funcionamiento de la medida cautelar: la estructura de la medida – sus características definitorias – indica que se trata de un instrumento de la pretensión principal.¹⁶⁰ Por otro lado, el criterio teleológico requiere atender a la finalidad de la medida cautelar, que no es otra que la de garantizar la efectividad de la sentencia. En consecuencia, todos los mecanismos que persigan dicha finalidad serán medidas cautelares.¹⁶¹ Del Derecho positivo se deduce que, en general, parece optarse por este último criterio. Así, un ejemplo palmario es la Ley española de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que se refiere en su art. 129 a las medidas que “*aseguren la efectividad de la sentencia*” como las únicas que se pueden solicitar, mientras que el art. 130 establece que la medida cautelar sólo podrá adoptarse “*cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*”. El vínculo teleológico determinado por la efectividad de la sentencia o la finalidad legítima del recurso es patente y guía tanto la demanda – la solicitud de medidas cautelares – como los poderes del juez en lo que a su adopción se refiere.

Es cierto, como critican los partidarios del criterio estructural, que el elemento teleológico resulta demasiado amplio y que la seguridad, en cuanto a lo que es admisible y lo que no, es escasa, a pesar de que resulte útil como criterio guía o directriz de las

¹⁵⁹ Cfr. S. LEHR, *Einstweiliger Rechtsschutz und Europäische Union*, Springer, Berlín (y otros), 1997, p. 18, nota. 57.

¹⁶⁰ Cfr. F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Pádova, 1983, especialmente pp. 140-144, pp.151ss., p.168 y p. 174; S. LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza*, en VV.AA., “I processi speciali. Studi offerti a V. Andrioli dai Suoi allievi”, Nápoles, 1979, p. 440.

¹⁶¹ Esta distinción se vincula con la que constata RODRÍGUEZ PONTÓN. Así, de la consideración de las medidas cautelares como garantía de la ejecución de la resolución final se ha pasado a su consideración como garantía de la eficacia o efectividad de la sentencia, concepción por necesidad más amplia que la anterior. Cfr. F.J. RODRÍGUEZ PONTÓN, cit., p. 36.

actuaciones de las partes y del juez en este tipo de procedimientos. De hecho, la doctrina comunitarista considera que la instrumentalidad sirve para establecer un cierto límite al contenido de los arts. 242 y 243 TCE, artículos que, como es sabido, regulan de modo extremadamente amplio la tutela cautelar ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. Según estos preceptos, el juez estaría habilitado en potencia para adoptar cualquier tipo de medida y se daría el peligro, como han apuntado algunos autores en Derecho interno para regulaciones parangonables, de regular las relaciones jurídicas subyacentes.¹⁶² Se estaría concediendo en vía cautelar algo que en principio estaría reservado para la sentencia de fondo y que ésta, quizás, nunca llegaría a conceder. Sin embargo, al establecerse con cierta claridad cuál ha de ser el vínculo que une a la medida cautelar con el proceso principal, ese problema de inseguridad queda parcialmente solventado. Estas cuestiones conectan con las relaciones entre las medidas cautelares y los procesos sumarios, así como con la relativización de la prohibición de prejuzgar el fondo, cuestiones ambas que son tratadas en otros apartados del presente trabajo, a los cuales me remito.

El concepto de "vínculo" es, en consecuencia, la clave de bóveda de la instrumentalidad y, con ello, de la naturaleza de las medidas cautelares. En efecto, la relación vicarial entre la medida cautelar y la pretensión de fondo justifica la aplicación del régimen jurídico previsto para los instrumentos cautelares y, en consecuencia, su determinación resulta indispensable. Por las razones que se acaban de apuntar, la doctrina y, en concreto, la comunitaria, se ha ocupado de identificar el vínculo que une a la medida cautelar con el proceso de fondo, habiéndose propuesto como criterios de identificación la relación entre el objeto de uno y otro procedimiento, las características de las medidas solicitadas o los argumentos que fundamentan ambos recursos.¹⁶³ El

¹⁶² M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, RAP 149 (1999), pp. 105ss. [pp. 108-107].

¹⁶³ Cfr. G. VANDERSANDEN/ A. BARAV, *Contentieux Communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1977, pp. 435ss.

Tribunal de Justicia también se ha ocupado de la materia y ha interpretado extensivamente la normativa, especialmente en lo que al objeto del procedimiento se refiere. Si de los arts. 83.1 RPTJ y 104.1 RPTPI se desprende que el objeto de la medida cautelar no puede ser más que el acto impugnado, el Tribunal ha considerado que pueden serlo los actos que sean consecuencia indirecta del anterior, de tal manera que la instrumentalidad de la medida cautelar podrá ser apreciada en un mayor número de casos.¹⁶⁴ Ello no obstante, como en los ordenamientos nacionales, el criterio de la garantía de la efectividad de la sentencia es, también en esta sede, un elemento central de apreciación de la instrumentalidad.¹⁶⁵

Desde un punto de vista más concreto, la instrumentalidad respecto de la pretensión principal no puede venir dada sino por los criterios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, de manera que sólo las medidas destinadas a evitar un daño en las situaciones jurídicas protegidas por el ordenamiento jurídico en el caso concreto serán, en puridad, medidas cautelares.

En otro orden de cosas, la característica de la instrumentalidad se ha de vincular con el debate existente en la doctrina procesal-civilista sobre la dependencia del instrumento cautelar respecto del proceso principal. Así, la primera de las cuestiones que se plantea es la consideración o no de dicho instrumento como un proceso independiente, diferenciado de los procesos de declaración y ejecución, o bien como un procedimiento, esto es, como una simple concatenación de actos. En este sentido existen dos opiniones doctrinales.

¹⁶⁴ Auto de 8 de abril de 1965, as. 18/65 R, *Max Gutmann c. Comisión*, Rec. 1966, p. 195.

¹⁶⁵ Cfr. B. PASTOR BORGONÓN/ E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 28.

En primer lugar se encuentran quienes consideran que, en efecto, los instrumentos cautelares son un auténtico proceso, un *tertium genus*, en la medida en que la acción presenta unas características propias y diferenciadas de los procesos de declaración y de ejecución.¹⁶⁶ Según esta teoría la pretensión cautelar no consiste en declarar un derecho ni en realizarlo forzosamente, sino en proteger determinadas situaciones jurídicas con los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, en tanto no se adopte la resolución de fondo. Algún autor defiende que la tutela cautelar no es sino una "etapa" de un único proceso que comprendería, además, la etapa de cognición y la de ejecución. En esta concepción la tutela cautelar podría desempeñar tanto funciones declarativas como ejecutivas, en función de cada pretensión.¹⁶⁷

En segundo lugar se encuentran los autores que consideran que las medidas cautelares no pueden ser concebidas como un auténtico proceso, debido a la dispersión normativa de que son objeto, así como a su dependencia del proceso principal.¹⁶⁸ Entiendo que, pese a que la dispersión normativa es de lamentar, este argumento no es suficiente por sí solo para justificar su no consideración como proceso. Al menos en lo que al contencioso-administrativo se refiere, en todos los ordenamientos existe (en la actualidad) una regulación ubicada bajo el epígrafe genérico de medidas cautelares en el sentido indicado más arriba (con la excepción del sistema alemán, en el que sin embargo constan con claridad los dos regímenes fundamentales previstos en la Ley de la Jurisdicción).

En lo referente a la dependencia, se ha de indicar que esta característica no empece la consideración de una institución jurídica como un auténtico proceso, toda

¹⁶⁶ Esta es la opinión mayoritaria en Italia y en España, tal y como constata C. CHINCHILLA en *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 51ss.

¹⁶⁷ Cfr. C. CHINCHILLA, cit., p. 55, que sigue en este punto a SATTA y a CALAMANDREI.

¹⁶⁸ Cfr. fundamentalmente M. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, p. 43. En idéntico sentido, v. M. SERRA DOMÍNGUEZ/F. RAMOS MENÉNDEZ, cit., p. 25.

vez que, a título de ejemplo, el proceso de ejecución depende de un anterior proceso de declaración.¹⁶⁹ Si bien la relación de dependencia difiere en ambos casos en cierta manera, considero que el argumento enunciado no puede justificar que se deniegue la naturaleza de proceso a los procedimientos de medidas cautelares. Carmen CHINCHILLA indica, además, cómo la instrumentalidad de las medidas cautelares con respecto al proceso principal es más reducida que la instrumentalidad del proceso de ejecución respecto del proceso de declaración, toda vez que mientras en el segundo caso el proceso de ejecución presupone el proceso de declaración, no en todos los supuestos de adopción de medidas cautelares se verifica con posterioridad un proceso declarativo.¹⁷⁰ Sin negar la exactitud de lo expuesto, entiendo que la instrumentalidad preside en todo caso el proceso de adopción de las medidas cautelares, esto es, la medida adoptada sólo puede serlo en la medida en que sea útil para garantizar una eventual resolución de fondo, al margen de que, en función de las circunstancias concretas del caso, dicha resolución termine por no adoptarse.

Para los partidarios de esta segunda opción, las medidas cautelares serían un incidente del proceso declarativo y un medio de aseguramiento de la ejecución.¹⁷¹ Es cierto que la finalidad de las medidas cautelares es, con carácter general, el aseguramiento de la ejecución o, en otras palabras, de la sentencia definitiva en el pleito, finalidad que, entiendo, justifica su consideración autónoma como proceso, en el sentido que a continuación se indicará. Sin embargo, el carácter incidental del instrumento cautelar plantea mayores problemas para ser admitido, dado que, como norma, suele plantearse al inicio del proceso principal y sigue una suerte distinta de éste, al que sin duda sirve como instrumento, pero al que no afecta durante su transcurso.

¹⁶⁹ Esta es también la opinión defendida por C. CHINCHILLA, cit., p. 54.

¹⁷⁰ Cfr. C. CHINCHILLA, cit., p. 54.

¹⁷¹ Vid. M. ORTELLS RAMOS, cit., p. 43.

El proceso cautelar es sería entonces un proceso y no únicamente un procedimiento o simple concatenación de actos. Su función en la jurisdicción no es declarar un derecho ni ejecutarlo forzosamente, sino proteger el objeto del pleito para que en un futuro pueda ser declarado y, en su caso, ejecutado forzosamente.¹⁷² Algunas de las características de este proceso han sido ya evocadas por la doctrina. Así, CORTÉS DOMÍNGUEZ¹⁷³ ha señalado que se trata en todo caso de un proceso sumario, elemento que conecta con la propiedad de la urgencia, a la que me refiero más adelante. Además, siempre según este autor, se trataría de un proceso en el que no tiene cabida el principio de contradicción, afirmación que no comparto, dado que la ausencia de la contradicción es considerada, al menos en el contencioso-administrativo, como una circunstancia excepcional, específicamente regulada para los supuestos de especial urgencia.¹⁷⁴ En tercer lugar, CORTÉS DOMÍNGUEZ sostiene que, por lo general, es competente para acordar la medida cautelar el juez que conoce de la causa principal. Si bien este aserto puede defenderse como línea de principio, se ha de indicar que en el ámbito cautelar existe la tendencia a atribuir la competencia a un juez único que, es cierto, suele pertenecer al colegio de jueces que posteriormente conocerá de la cuestión de fondo. En lo que a la legitimación se refiere, entiende CORTÉS junto con otros autores, que es legitimado activamente el actor del pleito principal, mientras que el legitimado pasivo es siempre el demandado.¹⁷⁵ Sin embargo, a pesar de que como regla general esto suele ser así, la práctica, en complejidad creciente, admite otras variantes¹⁷⁶,

¹⁷² A las diferencias que presentan los procesos cautelar, declarativo y de ejecución respecto de su función en la jurisdicción se refiere M. ORTELLS RAMOS en su obra citada, p. 43.

¹⁷³ Cf. V. GIMENO SENDRA/V. MORENO GALENA/J. ALMAGRO NOSETE/V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, tomo I, volumen II, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

¹⁷⁴ Al respecto me remito a lo expuesto en el capítulo 6.

¹⁷⁵ En Derecho comunitario es legitimado activo para solicitar la suspensión del acto el demandante del pleito principal, mientras que el resto de medidas cautelares pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes en el proceso. Cf. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *La tutela cautelar en el Derecho comunitario*, en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS / D.J. LIÑÁN NOGUERAS (eds.), "El Derecho comunitario y su aplicación judicial", Civitas, Madrid, 1993, pp. 633ss. [p. 635].

¹⁷⁶ Se ha de pensar señaladamente en medidas cautelares con función decisiva a efectos de prueba, como las existentes en el Derecho francés.

en especial en lo que a la protección de terceros se refiere.¹⁷⁷ En fin, dadas la temporalidad y revocabilidad de las medidas cautelares, éstas no disponen de efectos de cosa juzgada.

2.- La provisionalidad

La segunda de las características de las medidas cautelares es, por definición, su provisionalidad, dado que surgen para dar respuesta a una situación de interinidad, en tanto no se adopte una resolución definitiva en el pleito.¹⁷⁸ La provisionalidad viene determinada, en consecuencia, por el hecho de tratarse de una resolución que pierde eficacia en un momento ulterior, pero que permanece invariable hasta dicho momento e, incluso, es posible que también lo haga con posterioridad. Al respecto se han de realizar dos matizaciones. De un lado, la invariabilidad puede verse afectada por la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuya relevancia práctica, sin embargo, es reducida.¹⁷⁹ De otro lado, la medida cautelar puede “confirmarse” mediante su sustitución por una resolución de fondo de idéntico sentido que la anterior.

CALAMANDREI vincula la característica de la provisionalidad con la instrumentalidad, dado que considera que la medida es provisional en tanto sirva de instrumento para la garantía del pleito principal (acepción funcional de la provisionalidad).¹⁸⁰ Sin embargo, entiendo que si la instrumentalidad apela a una función, precisamente la función instrumental indicada por CALAMANDREI, la

¹⁷⁷ En este sentido cfr. especialmente F.J. RODRÍGUEZ PONTÓN, cit., pp. 161ss.

¹⁷⁸ En este sentido, algún autor se ha referido a la medida cautelar como “decisión sujeta a una condición resolutoria”. Cfr. I.C.M. FONSECA, cit., p. 93, que se remite a la doctrina italiana.

¹⁷⁹ Para ulteriores precisiones me remito a lo expuesto en el capítulo 6.

¹⁸⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, cit., p. 11ss.

provisionalidad posee connotaciones específicas distintas de dicha instrumentalidad (acepción temporal de la provisionalidad).¹⁸¹

La regulación positiva de las medidas cautelares emplea ambas acepciones de la provisionalidad. Así, por ejemplo, el art. 86.3 RPTJ y su correspondiente art. 107.3 RPTPI establecen que las medidas provisionales pueden adoptarse por un plazo determinado (algo que rara vez ocurre) o quedarán sin efecto cuando se pronuncie la sentencia que ponga fin al proceso, insistiendo por tanto en la duración de su vigencia. La provisionalidad desde el punto de vista funcional, de otro lado, se subraya en el siguiente párrafo del mismo artículo, que prohíbe al juez cautelar un prejuicio sobre el asunto principal, estableciendo, por tanto, el límite funcional a las medidas cautelares adoptadas.

3.- La urgencia o sumariedad

Junto a la provisionalidad, algunos autores hacen referencia a la urgencia o la sumariedad, criterios que remiten a la necesaria celeridad con que han de ventilarse los procedimientos cautelares en aras a garantizar la protección de las situaciones jurídicas afectadas.¹⁸² La cognición en el proceso cautelar es, por tanto, más reducida que en las pretensiones de fondo, reduciéndose a juicios de probabilidad o verosimilitud.¹⁸³ Algún autor ha llegado, incluso, a vincular la condición de la urgencia con la necesidad de

¹⁸¹ Sobre la consideración de la provisionalidad desde un punto de vista temporal y desde un punto de vista funcional, v. I.C.M. FONSECA, cit., fundamentalmente en p. 92. Para los partidarios de la consideración de la provisionalidad desde un punto de vista temporal, esta característica recibe también el nombre de "temporalidad".

¹⁸² A la sumariedad se refiere por extenso I.C.M. FONSECA, cit., pp. 98ss. En la doctrina española es C. CHINCHILLA quien alude a la urgencia. V. C. CHINCHILLA, cit., pp. 36-37. En Francia también O. DUGRIP se refiere a la urgencia como criterio que permite establecer un régimen jurídico propio para las medidas cautelares. Cfr. O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, París, 1991, *passim*.

¹⁸³ Cfr. P. CALAMANDREI, cit. FONSECA constata, siguiendo a otros autores, cómo no tendría sentido que la cognición cautelar presentara el mismo grado de detalle y profundidad que la cognición de fondo, dado que ello redundaría en una duplicidad de procedimientos. Cfr. I.C.M. FONSECA, cit., pp. 99-100.

proceder a la suspensión automática del acto administrativo en las demandas de suspensión, en tanto el juez no conozca de la pretensión.¹⁸⁴

La urgencia es una característica definitoria de las medidas cautelares, la que legitima su existencia y es, por ello, el elemento que ha determinado la reforma de la justicia administrativa francesa de 2001 y, en concreto, de la tutela cautelar. En efecto, la Ministra de Justicia GUIGOU hizo referencia a la “cultura de la urgencia” en su discurso al Senado con motivo de dicha reforma.¹⁸⁵

Las consecuencias prácticas que ello conlleva son varias. De un lado, se reducen los plazos procedimentales, si bien se ha de indicar que el procedimiento cautelar se encuentra presidido, por lo general, por una gran flexibilidad, de manera que los plazos son aquellos que vaya indicando el juez competente.¹⁸⁶ De otro lado se ha de aludir a la creación de instituciones específicas, tales como las medidas provisionalísimas, esto es, aquellas adoptadas *inaudita parte*, o bien el sistema de contracautelas, creado para paliar los efectos de las decisiones adoptadas con especial celeridad.¹⁸⁷

4.- Homogeneidad con las medidas ejecutivas y funcionalidad

Como cuarta característica la doctrina alude a la homogeneidad de las medidas cautelares con las medidas ejecutivas,¹⁸⁸ que parece ser un elemento propio de la

¹⁸⁴ Cfr. E. OSORIO ACOSTA, cit., pp. 47-48.

¹⁸⁵ Al respecto me remito a mi artículo *En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia*, REDA 116 (2002), pp. 557ss.

¹⁸⁶ Sobre esta cuestión me remito de nuevo al capítulo 6.

¹⁸⁷ A ambos aspectos se refiere C. CHINCHILLA, cit., p. 37. Sobre las medidas provisionalísimas y el sistema de contracautelas, v. capítulo 6 del presente trabajo.

¹⁸⁸ Los autores que insisten en esta característica parecen ser aquellos que defienden la no autonomía del proceso cautelar, tal y como se deduce de C. CHINCHILLA, cit., pp. 38-39.

doctrina española,¹⁸⁹ pero cuya aplicación entiendo puede predicarse de otros ordenamientos.¹⁹⁰ Ello es coherente con la función de las medidas cautelares concebida como garantía de la eficacia de la sentencia, que no desplegará completamente sus efectos en tanto no haya sido ejecutada. Se ha de indicar, no obstante, que en el ámbito comunitario no cabe hablar con propiedad de la homogeneidad como elemento definitorio de las medidas cautelares, debido a las especiales características de las sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, que son por lo general declarativas. Ello no obstante, se han de tener en consideración los esfuerzos más recientes por dotar a las instituciones comunitarias de mecanismos que permitan ejecutar forzosamente los pronunciamientos de los Tribunales comunitarios.¹⁹¹

La homogeneidad ha de relacionarse con la prohibición del perjuicio del fondo del asunto, prohibición existente con carácter ordinario en todos los ordenamientos jurídicos, pero que en la actualidad está siendo relativizada. Así, las medidas cautelares no sólo presentan semejanza con dichas medidas de ejecución, sino que también, en determinados supuestos, *“pueden – y deben – adelantar ciertos efectos de la resolución de fondo*

¹⁸⁹ M.P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992, p. 59.

¹⁹⁰ En Alemania algún autor ha sostenido, incluso, que la auténtica naturaleza de un cierto tipo de medidas cautelares, las órdenes provisionales, es la de constituir medidas ejecutivas. Cfr. H. ROHMEYER, *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozess und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, especialmente pp. 173-175. En otro orden de cosas, este autor considera necesario retener la naturaleza jurisdiccional de las órdenes provisionales, a pesar de que en la tradición histórica – de forma coherente, entiendo, con la estructura del control contencioso-administrativo – era la Administración quien por lo general disponía de la facultad de adoptar las medidas cautelares que estimara oportunas para regular provisionalmente la cuestión litigiosa. De hecho, ROHMEYER centra su investigación en demostrar y justificar este aserto. Cfr. H. ROHMEYER, cit., pp. 75ss.

¹⁹¹ Cfr. sobre esta materia I. MARTÍN DELGADO, *Imposición de una multa a un Estado Miembro por inexecución de una sentencia de incumplimiento: sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de julio de 2000*, REDA 109 (2001), pp. 101ss.

que recaiga al final del proceso".¹⁹² Los límites a dicha interpretación de la homogeneidad se analizan en el capítulo 8, relativo al criterio del *fumus boni iuris*, al que me remito.

A medio camino entre la homogeneidad y la instrumentalidad, de modo tal que cabría preguntarse si se trata de un criterio individualizable, se encontraría la funcionalidad.¹⁹³ La funcionalidad hace referencia a la relación entre la medida cautelar solicitada y el derecho que se desea proteger. En este sentido, no cualquier medida sería válida para proteger cualquier derecho, sino sólo aquellas que guarden un vínculo con el mismo. Esta afirmación la corrobora SCHOCH en Alemania, adentrándose en el debate sobre la relación entre el Derecho Procesal (en concreto, la tutela cautelar) y el Derecho material subyacente.¹⁹⁴

La cuestión suscitó en Alemania, en la década de los 80, un intenso debate doctrinal¹⁹⁵, debate que referido a un ámbito más general, y no restringido exclusivamente a la tutela cautelar, tuvo lugar también en España.¹⁹⁶ En lo referente a la tutela cautelar, entiende SCHOCH que el vínculo entre Derecho Procesal y material deriva del artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, que consagra el derecho a una

¹⁹² Cfr. C. CHINCHILLA, *La tutela cautelar*, en J. LEGUINA VILLA/M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), "Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 561ss. [575]. Algunos años antes la doctrina civilista se había mostrado contraria a esta identificación. Cfr. M.P. CALDERÓN CUADRADO, cit., p. 59.

¹⁹³ A esta característica se refiere, por ejemplo, C. CHINCHILLA, quien la vincula con la homogeneidad, toda vez que, según esta autora, las medidas que de modo más adecuado cumplen su función en el proceso son, precisamente, aquellas que presentan homogeneidad con los mecanismos que en su día serán utilizados para ejecutar la sentencia. Cfr. C. CHINCHILLA, cit. (1991), p. 38.

¹⁹⁴ F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, v. Decker, Heidelberg, 1988, pp. 966ss.

¹⁹⁵ Al respecto se han de citar los siguientes trabajos: H. BICKEL, DÖV 1983, pp. 49ss.; BUSCH, DÖV 1983, pp. 623ss.; réplica de H. BICKEL, DÖV 1983, pp. 629ss.

¹⁹⁶ La doctrina que considera que el vínculo entre Derecho Procesal y Derecho material es inescindible y que el último sólo cobra auténtico significado cuando se ventila en un proceso judicial es minoritaria en España, debiéndose citar en este aspecto la obra de F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Bosch, 1978.

tutela judicial efectiva.¹⁹⁷ Dicho vínculo deriva del factor “tiempo”, que justifica la creación de instrumentos procesales adecuados para vencer sus efectos en los distintos ámbitos del Derecho material.¹⁹⁸ De hecho, el fenómeno de la *atomización* de la tutela cautelar deriva de la necesidad de crear mecanismos de reacción procesal propios a cada constelación jurídica material¹⁹⁹, en un sentido que probablemente recuerde al sistema de acciones de raigambre anglosajona.

La consecuencia de la funcionalidad, a juicio de Carmen CHINCHILLA, es la necesidad de establecer una cláusula general, de características similares al antiguo art. 1428 LEC, que permita al juez adoptar todas las medidas cautelares que estime necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia.²⁰⁰ Este sistema de cláusula general es el existente hoy – al margen de ciertas especialidades – en los Derechos español, alemán y comunitario, mientras que el legislador francés ha optado por especificar detalladamente los tipos de medidas cautelares contencioso-administrativas, incluyendo, eso sí, un *référé-conservatoire* (art. L. 521-3 CJA), que, a modo de cláusula residual, admite la adopción de todas las medidas útiles para la conservación del objeto del pleito.²⁰¹

Una segunda consecuencia de la funcionalidad sería, a mi entender, el límite a la aplicación supletoria de la legislación procesal civil en la tutela cautelar contencioso-administrativa. En efecto, la funcionalidad indica el vínculo material que une el Derecho procesal, en este caso, las medidas cautelares en el contencioso-administrativo, y el Derecho sustantivo. Toda vez que el legislador ha optado por elaborar un régimen

¹⁹⁷ Cfr. F. SCHOCH, cit., p. 967.

¹⁹⁸ Cfr. F. SCHOCH, cit., p. 967.

¹⁹⁹ Sobre este fenómeno, v. F. SCHOCH, cit., pp. 36ss.

²⁰⁰ Cfr. C. CHINCHILLA, cit. (1991), p. 38.

²⁰¹ Al respecto, sobre la nueva regulación española, v. C. CHINCHILLA, cit. (1999), pp. 574ss.

jurídico propio para las instituciones administrativas, y a pesar de que el sustrato último de su construcción teórica es reconducible al Derecho Civil²⁰², resulta coherente que los mecanismos de protección jurisdiccional en este contexto diferenciado sean, también, distintos. Es posible que el legislador considere que los instrumentos existentes en el Derecho procesal civil son adecuados para proteger las situaciones jurídicas administrativas. En estas circunstancias cabe la existencia de una remisión expresa a dicho régimen. Es posible, también, que la legislación civil no sea sino supletoria de la legislación contencioso-administrativa, en cuyo caso se plantea el problema de su ámbito de aplicación y los límites a la misma. Estas cuestiones, dada su repercusión más general, son objeto de desarrollo específico en el siguiente epígrafe.

III.- LA SUPLETORIEDAD DE LA NORMATIVA PROCESAL CIVIL: SIGNIFICADO, ALCANCE Y LÍMITES

La aplicación de la normativa procesal civil al proceso contencioso-administrativo es un fenómeno usual en los ordenamientos español, francés y alemán, si bien los mecanismos para ello varían de unos contextos a otros.

Así, en España se ha optado tradicionalmente por establecer expresamente la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en todas aquellas cuestiones no previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El origen de esta opción se remonta a la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888. En efecto, en la discusión previa a la adopción de la ley, se planteó la necesidad de elaborar un reglamento de desarrollo que se ocupara de las cuestiones de detalle que dicha ley, dado su pretendido carácter más general, no podía singularizar. Finalmente el reglamento se elaboró, pero el contenido del mismo fue prácticamente una daguerrotipo de la Ley de

²⁰² Al respecto me remito al estudio de S. MARTÍN-RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.

Enjuiciamiento Civil.²⁰³ La Ley de la Jurisdicción de 1956 optó por afirmar de forma expresa la supletoriedad²⁰⁴ y, más adelante, también la Ley de 1998 mantuvo dicha opción. En efecto, la Disposición Final Primera de esta última establece que “[e]n lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil”, afirmación coherente con lo establecido en el art. 4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que recoge el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares.²⁰⁵

La clave, entiendo, se encuentra en dilucidar qué haya de entenderse por “lo no previsto en esta ley”. Así, y en lo que respecta a las medidas cautelares, el legislador ha optado por crear un régimen específico de tutela cautelar en los arts. 129 a 136 LJ, que, de la misma manera que la regulación de los plazos, los incidentes o las costas procesales, son comunes a todos los procedimientos contencioso-administrativos - el ordinario y los especiales - regulados en los Títulos IV y V de la Ley de la Jurisdicción. Estas disposiciones comunes responden a las necesidades concretas del contencioso y sólo en determinados supuestos el legislador ha considerado oportuno remitir a la legislación procesal civil para integrar determinados preceptos. Así, por ejemplo, el art. 139.6 LJ establece que “[l]as costas causadas en los autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, de manera que, a contrario, se entiende que la aplicación de dicha Ley no tiene lugar en otros supuestos.

La supletoriedad de la legislación procesal civil es, por tanto, selectiva, en tanto no siempre y en todo caso resultará de aplicación en el proceso contencioso-

²⁰³ Sobre esta cuestión v. L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, pp. 273ss.

²⁰⁴ V. al respecto J.M. CORDERO TORRES, *La Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria del procedimiento contencioso-administrativo*, RAP 27 (1958), pp. 11ss.

²⁰⁵ Sobre la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso contencioso-administrativo, v. recientemente J.M. CHAMORRO GONZÁLEZ/ J.C. ZAPATA HIJAR, *La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

administrativo, sino sólo en aquellos supuestos en los que se aprecie una laguna. Dicha laguna no existe si el legislador ha previsto un régimen jurídico concreto aplicable a una determinada institución jurídica, y mucho menos si, como se ha indicado, en la formulación de dichos regímenes jurídicos se han incluido expresamente cláusulas de remisión a la normativa procesal civil, rechazando por tanto su aplicación general.²⁰⁶ Lo contrario significaría en el concreto ámbito de la tutela cautelar, traspasar directamente el régimen restrictivo del contencioso civil.²⁰⁷

Habiendo constatado que la Ley de Enjuiciamiento Civil es supletoria sólo y únicamente en presencia de una laguna, cabe preguntarse si la supletoriedad de dicha Ley lo es de primer o de segundo grado. La supletoriedad de primer grado alude a la aplicación automática de la norma supletoria, es decir, es una opción directa por la heterointegración, mientras que la supletoriedad de segundo grado admite la autointegración, el optar en primer lugar por las normas del sistema en el que surge el conflicto, acudiendo sólo en última instancia a una norma distinta de la directamente aplicable en la materia que corresponda.²⁰⁸ Detrás de esta discusión subyace el debate sobre la autonomía o no del proceso contencioso-administrativo, que, de optarse por la teoría de la heterointegración, no constituiría más que una especialidad del proceso civil

²⁰⁶ Esta conclusión se deduce también de las consideraciones de J.L. REQUERO IBÁÑEZ, que distingue tres grupos de normas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a efectos de estudiar la supletoriedad de la LEC. Así, en primer lugar se encontrarían las normas que recogen opciones voluntariamente distintas de las propias del proceso civil. En segundo lugar existen aquellas remisiones explícitas a la LEC. En fin habrían de mencionarse los supuestos de ausencia de norma expresa en el contencioso, único ámbito en el que cabría hablar estrictamente de supletoriedad. Cfr. J.L. REQUERO IBÁÑEZ, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, como supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Principales cuestiones que suscita*, en M. AYUSO RUIZ DE TOLEDO (dir.), "Puntos críticos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado", CGPJ, Madrid, 2000, pp. 123ss. [pp. 135ss.].

²⁰⁷ Cfr. J. TORNOS MAS, *Dercho a la enseñanza en la lengua materna y medidas cautelares positivas (Comentario al Auto del TSJ Cataluña de 17 dic 1993)*, REDA 81 (1994), pp. 121ss.

²⁰⁸ Al respecto v. J.L. GIL IBÁÑEZ, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Una visión práctica*, Colex, Madrid, 2001, p. 84.

(que sería el procedimiento común, por lo tanto).²⁰⁹ Coincido con GIL IBÁÑEZ en considerar que habrían de conciliarse ambas posturas, entendiendo que la integración, constatada la laguna, es automática, pero que la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser realizada atendiendo a los principios propios del contencioso-administrativo, para, de esta manera, evitar fricciones en el sistema.²¹⁰ Ello no obstante, reitero, el elemento fundamental de la construcción de la supletoriedad es, a mi juicio, la constatación de la existencia de la laguna.

Una supletoriedad selectiva es también la existente en Alemania. La doctrina se ha mostrado reacia a aceptar la traslación acrítica del sistema procesal civil de tutela cautelar en el contencioso-administrativo, entendiendo que ello supondría una mengua del ámbito de aplicación de la misma.²¹¹ El diferente tratamiento se justifica por la misma razón que se justifica la existencia de un orden jurisdiccional diferenciado para estas cuestiones, a saber: la diferente naturaleza de la relación jurídico-pública y de la relación jurídico-privada que subyace a ambos tipos de procesos. Así, la Ley alemana de la Jurisdicción incluye una disposición transitoria, el art. 173, que establece que la Ley de Enjuiciamiento Civil, la *Zivilprozeßordnung* (ZPO), es de aplicación supletoria en todos los supuestos en los que la Ley de la Jurisdicción no contenga una norma aplicable al caso concreto, indicando además que ello sólo es posible siempre que no existan diferencias fundamentales en los tipos de proceso que eliminen esta posibilidad. Sin embargo, al igual que acaece en el Derecho español, el legislador alemán ha incluido referencias específicas a la ZPO en apartados concretos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y ello es así, señaladamente, en el art. 123 VwGO, que regula las órdenes provisionales. La remisión del legislador alemán a la normativa procesal civil respecto de las órdenes provisionales es asimismo selectiva, ya que el

²⁰⁹ Cfr. J.L. GIL IBÁÑEZ, cit., p. 84.

²¹⁰ Cfr. J.L. GIL IBÁÑEZ, cit., p. 84.

²¹¹ Cfr. W. WIESELER, cit., pp. 184ss. [p. 185]. Las razones aducidas son, por tanto, de parecida índole a las propuestas en el Derecho español.

elenco de artículos que resultarían de aplicación en el contencioso-administrativo es reducida.

Una situación diversa es la existente en Francia. En este país no se prevé expresamente la supletoriedad de la normativa procesal civil para colmar las lagunas que se aprecien en el contencioso-administrativo. Sin embargo, el juez administrativo ha recurrido tradicionalmente a dicha normativa para suplir las carencias de sus propias normas. Ello es evidente en la tutela cautelar, donde el *référé* fue creado a imagen y semejanza del *référé* civil, con pequeños ajustes apropiados al contexto del contencioso-administrativo.²¹² No obstante lo anterior, el Código de Justicia Administrativa de 2001 regula prolijamente la materia, adaptando la institución a las particularidades de la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera que se reduzcan en la medida de lo posible las cuestiones abiertas o incompletas. En este sentido parece que el legislador francés, a instancias del propio Consejo de Estado, como es sabido, trata de evitar de esta manera las remisiones judiciales al Derecho procesal civil.²¹³

²¹² A título anecdótico resulta interesante aludir aquí a la preocupación que manifestaba E. JAMPY en 1919, quien se preguntaba si era útil importar en el contencioso-administrativo el sistema de medidas cautelares existente en la jurisdicción civil. Cfr. E. JAMPY, *La Jurisdiction des Référés dans le Contentieux Administratif*, Toulouse, 1919. Sobre el papel del *référé* civil en la creación del modelo administrativo, v. C. CHINCHILLA, cit. (1991), *passim*.

²¹³ Una de las cuestiones que planteaban los autores en sus primeros comentarios a la reforma de la tutela cautelar en Francia era la eventual aplicación de la teoría (restrictiva) de la vía de hecho elaborada por los tribunales civiles al nuevo *référé-libéré*, regulado en el art. L. 521-2 CJA. En la medida en que en este artículo se alude a la existencia de una "vulneración grave y manifiestamente ilegal" de una libertad fundamental, y toda vez que la teoría de la vía de hecho resulta de aplicación en los supuestos de una vulneración de estas características, la doctrina temía que se importara dicho régimen en el contencioso. VANDERMEEREN entendió en su día que, dado que el artículo hace referencia a una Administración que actúa en el ejercicio de sus funciones – algo que no sucede, como es sabido, en los supuestos de vía de hecho –, se está eliminando la eventual equiparación del régimen jurídico. Cfr. R. VANDERMEEREN, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, AJDA 9 (2000), pp. 706ss. [p. 713]. La práctica posterior parece demostrar que, en efecto, la equiparación con el régimen de la vía de hecho no se ha producido.

IV.- CATEGORÍAS AFINES

En los epígrafes anteriores se han perfilado los contornos de las medidas cautelares desde las características que lo definen, proponiendo una aproximación a su naturaleza jurídica. Además, se ha aludido a la eventual aplicación de la normativa procesal civil para integrar las lagunas que pudieran apreciarse en la regulación contencioso-administrativa, constatando que el legislador moderno parece haber optado por restringir dicha supletoriedad, quizás considerando que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa es diferente a la propia de la jurisdicción civil, toda vez que las necesidades por las que surgen y la función que han de desempeñar también difieren.

Estas necesidades y esta función, sin embargo, son similares a las presentadas por otras instituciones jurídicas, creadas asimismo para evitar los efectos perniciosos que el transcurso del tiempo puede acarrear para el proceso. Se trata, entre otras, de la anticipación y el aseguramiento de la prueba, las respuestas procesales a la vía de hecho administrativa y los procesos sumarios. Pese a que su naturaleza difiere de la propia de las medidas cautelares, la conexión con las mismas es tal que, con frecuencia, son objeto de regulación o tratamiento doctrinal conjuntos.

1.- Anticipación y aseguramiento de la prueba

La anticipación y el aseguramiento de la prueba son dos instrumentos procesales que algún autor ha denominado expresamente "medidas cautelares",²¹⁴ si bien otros

²¹⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La aplicación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre prueba en el proceso administrativo*, REDA 111 (2001), pp. 333ss.[p. 334]. También en su *Manual de práctica forense administrativa*.

consideran que se han de mantener conceptualmente separados.²¹⁵ Con este tipo de prueba se pretende proteger el objeto del pleito, en la medida en que queden como probados aquellos particulares que en su día puedan eventualmente contribuir a la adopción de una sentencia. La eficacia de dicha sentencia quedaría menguada si la prueba no se practicara de forma anticipada o si no se asegurara dicha práctica. Las semejanzas con las medidas cautelares en sentido estricto son evidentes. Sin embargo, el procedimiento por el que se rigen es diverso y los criterios que determinan la práctica de la prueba no son los clásicos del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, si bien es cierto que las razones que por lo general se aducen para justificar la práctica anticipada de la prueba no se encuentran lejanas del contenido de dichos criterios. Por ello, a pesar de que en ocasiones se aluda a este tipo de prueba con la denominación de “medidas cautelares” e, incluso, se regule junto a las mismas en determinados ordenamientos, su tratamiento normativo es diferenciado y, por tanto, conviene retener dicha diferencia también desde un punto de vista teórico y conceptual.

En Derecho español la aplicación del régimen procesal civil sobre la prueba en el contencioso-administrativo lo es por remisión directa del art. 60.4 LJ, que establece que “[l]a prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, si bien el plazo será de quince días para proponer y treinta para practicar (...)”. Por esta razón han de considerarse de aplicación los arts. 293 a 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El criterio por el que se rigen la anticipación de la prueba (arts. 293 a 296 LEC) y las medidas de aseguramiento (arts. 297 a 298 LEC) es el de riesgo o peligro para los objetos materiales o el estado de cosas, criterio que presenta indudables semejanzas con el *periculum in mora*. Las alusiones al Derecho material subyacente, sin embargo, no constan en ninguna fase de este procedimiento y la característica de la instrumentalidad no difiere de la de cualquier prueba en el proceso.²¹⁶

²¹⁵ Cfr. S. BARONA, cit.

²¹⁶ Cfr. P. CALDERÓN CUADRADO, cit., p. 37.

En lo que al Derecho francés se refiere, una de las figuras del *référé* que tradicionalmente ha existido en dicho ordenamiento es el denominado *référé-conservatoire*. Este instrumento procesal, cuyo régimen detallado se explica en el capítulo correspondiente al régimen legal de las medidas cautelares, forma parte de la tradición francesa del Derecho Procesal Civil, siendo acogido en su día en el contencioso-administrativo e incluido posteriormente en el art. L. 521-3 CJA. Este artículo permite la adopción de cuantas medidas se consideren útiles en un determinado proceso para vencer los efectos del tiempo, pudiéndose solicitar incluso en ausencia de un acto administrativo previo. Entre dichas medidas destacan aquellas de naturaleza probatoria, como es la realización de un peritaje. Es cierto que durante largo tiempo este tipo de medidas no se aceptaban en el contexto del *référé conservatoire*. Sin embargo, paulatinamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado lo ha ido admitiendo.²¹⁷

Del nuevo régimen del *référé-conservatoire* en el Código de Justicia Administrativa de 2001 se han de destacar las siguientes notas. En primer lugar, se trata de un tipo de *référé* en el que el *fumus boni iuris* carece de cualquier tipo de operatividad. La doctrina había conseguido introducir este requisito, con la fórmula de “*ausencia de contestación seria a la demanda*”, a imagen del *référé* civil.²¹⁸ Ello no obstante, el legislador optó por no incluir dicha referencia, eliminando además la prohibición de prejuzgar el fondo que hasta entonces había presidido esta institución. En segundo lugar, el procedimiento es idéntico para todos los tipos de *référé* denominados “de urgencia”, entre los que se incluye el *référé-conservatoire*, al margen de ciertas especialidades privativas para alguno de ellos.²¹⁹ Esta circunstancia es importante, toda vez que, como decía, lo que diferencia en buena manera las medidas cautelares de otras instituciones afines es la existencia de

²¹⁷ Cfr. C. LEPAGE/Ch. HUGLO, *Code de Justice Administrative*, Litec, París, 2001, p. 135.

²¹⁸ Cfr. C. CHINCHILLA, cit. (1991), p. 88.

²¹⁹ Véanse los arts. R. 522-1 CJA y siguientes, así como el capítulo 6, al que me remito.

procedimientos asimismo diversos. Tratándose de un único procedimiento, las diferencias se diluyen.

Además del *référé conservatoire* existen en Francia otros instrumentos que constituyen una anticipación o un aseguramiento de la prueba: el *référé-constatation* y el *référé-instruction*. El *référé-constatation* (art. R. 531-1 CJA) es el clásico *constat d'urgence*, existente en el país galo desde 1889, y se aplica en los supuestos en los que el tiempo necesario para dictar sentencia puede impedir la constatación de determinados hechos materiales (por ejemplo, el deterioro de una vía pública alegado como causa de un accidente), constatación que resulta necesaria para el desarrollo del procedimiento. Se trata de clarificar la existencia del objeto litigioso, para permitir de este modo el acceso posterior a la jurisdicción contenciosa. El *référé-instruction* (art. R. 532-1 CJA), por su parte, es aquel consistente en la adopción de determinadas medidas de peritaje o de instrucción útiles para el conocimiento de hechos litigiosos. Con la creación de este tipo de *référé* algún autor se ha preguntado cuál es hoy el sentido de conservar el *référé-constatation*, dado que ambos institutos parecen responder a idénticas situaciones.²²⁰

La ley alemana de la jurisdicción prevé la práctica de la prueba en sus arts. 96 a 98, remitiendo en buena parte de sus aspectos a la Ley de Proceso Civil.²²¹ En el apartado 2 del art. 96 se prevé que el juzgado (por cuanto estas disposiciones se refieren a la prueba practicada en la primera instancia, esto es, en los juzgados de lo contencioso-administrativo) puede acordar en determinados supuestos la práctica de prueba antes de la vista. Esta práctica se realizará por un juez único, que será un magistrado delegado del juzgado, si bien también puede solicitarse dicha práctica a otro juzgado distinto de aquel que conoce del proceso principal.

²²⁰ Ch. DEBBASCH/ J.-C. RIOU, *Contentieux administratif*, 7ª ed., Dalloz, París, 1999, p. 416.

²²¹ Sobre la práctica de la prueba en el proceso contencioso-administrativo en Alemania, insistiendo en las excepciones a la regla general según la cual la prueba se practica en el momento de la vista, v. F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 3ª ed., 1998, pp. 14ss.

De otro lado, además, el art. 87 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se refiere a las medidas que cabe adoptar para preparar el proceso, o, según GONZÁLEZ-VARAS, a las "*providencias judiciales para la aceleración del proceso*".²²² En este artículo se regulan una serie de actuaciones procesales que lleva a cabo el presidente del Tribunal o el juez ponente antes de la vista y que se rigen por el principio de celeridad, derivado del art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn.²²³ En este contexto también se prevé la realización de las pruebas pertinentes (la llamada de testigos o el requerimiento de peritajes o informes) para la adecuada preparación de dicho juicio.

2.- Vía de hecho e interdictos

Entre las instituciones que presentan un fuerte vínculo con la tutela cautelar se encuentran los interdictos como mecanismo de reacción frente a la vía de hecho administrativa. El carácter sumario de este instituto procesal justifica esta comparación, a lo que se añade la circunstancia de que las últimas reformas de la tutela cautelar en Francia y España incorporan instituciones equiparables al interdicto junto a medidas cautelares de corte más clásico.

A.- Aclaraciones terminológicas y conceptuales

El concepto de vía de hecho, por lo general, no se encuentra definido positivamente, sino que ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial y sistemática doctrinal.²²⁴ Dado que los límites del presente trabajo no permiten un tratamiento por

²²² S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 413.

²²³ Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., pp. 413-414.

²²⁴ En España, la obra de obligada referencia, en la que, además, se constata el escaso recurso a los interdictos para oponerse a las vías de hecho de la Administración, es el trabajo de F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988. Han de citarse además otras

extenso de la cuestión, el concepto de vía de hecho que se presenta en estas líneas lo es a efectos instrumentales y se hace eco de las aportaciones existentes hasta la fecha. Así, puede entenderse que la vía de hecho es la actuación de la Administración prescindiendo total y absolutamente del procedimiento, y sin observar las reglas de competencia. Es una actividad al margen de la legalidad, un “salirse de los poderes de la Administración”. Como pone de manifiesto en España la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la vía de hecho acaece en los supuestos de actuaciones materiales de la Administración sin la necesaria cobertura jurídica y que, además, en consonancia con una determinada concepción del contencioso de reminiscencias germánicas, lesionen derechos e intereses legítimos de cualquier clase.²²⁵

La doctrina ha vinculado este instituto jurídico con otras categorías dogmáticas previamente existentes. Si en Francia *voie de fait* e inexistencia suelen equipararse,²²⁶ la doctrina española, a pesar de haber seguido muy de cerca las evoluciones del Derecho francés, ha optado por proponer otras soluciones, como es la identificación de la vía de hecho con la nulidad absoluta.²²⁷ Esta es la razón, probablemente, del especial tratamiento procesal de la vía de hecho en el sistema de tutela cautelar de la ley de la

dos monografías: S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid, 1994; I. SEVILLA MERINO, *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, Civitas, Madrid, 1992. En Francia se han de citar los siguientes trabajos para una primera introducción a la materia: M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, París, 1960; E. DESGRANGES, *Essai sur la notion de voie de fait en Droit Administratif français*, Poitiers, 1937. En lo que respecta a Alemania, no se ofrecen por el momento referencias, dado que la vía de hecho en dicho país presenta unas características específicas que se expondrán en el texto. En Derecho comunitario, en lo que me consta, no existen aportaciones doctrinales sobre esta institución, algo que puede justificarse toda vez que las medidas de ejecución de naturaleza (según la terminología nacional) administrativa son adoptadas, como norma, por los Estados Miembros.

²²⁵ Sin embargo, como constata PARADA, el legislador ofrece una regulación demasiado abierta de la materia, por lo que habrá de estarse al desarrollo jurisprudencial de los distintos aspectos del régimen jurídico de la vía de hecho, que son abundantes y complejos. Cfr. R. PARADA, *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 732.

²²⁶ Cfr. F. LÓPEZ MENUDO, cit., p. 113.

²²⁷ Cfr. F. LÓPEZ MENUDO, cit., pp. 121ss.

jurisdicción de 1998. La regulación de la reacción cautelar frente a la vía de hecho en el art. 136 LJ y del *fumus boni iuris* con carácter general se superpone en cierta manera, toda vez que en ambos casos se analiza si *prima facie* existe un vicio flagrante de nulidad. La similitud es mayor si se tiene en consideración la tendencia española a aplicar la teoría de las nulidades en la apreciación del *fumus boni iuris*.²²⁸ Dado que el vicio ha de ser flagrante, de manera que resulte difícil errar sobre su efectiva existencia, el art. 136 LJ parte del presupuesto de que concurren los requisitos para determinar si se ha incurrido o no en vía de hecho y, por lo tanto, procede adoptar la medida cautelar en cuestión. Sólo si se demuestra de modo evidente que dichos requisitos no concurren – debilitándose el *fumus* hasta su práctica desaparición – la medida cautelar propia de este artículo no se adopta. Sobre la relación entre vía de hecho y *fumus boni iuris* el Tribunal Supremo español ha tenido ya oportunidad de pronunciarse en sendos autos de 1 de febrero de 2001, relativos ambos a procedimientos de extradición en los que se había solicitado la suspensión del acuerdo de extradición como medida provisionálsima del art. 135 LJ.²²⁹

En Alemania, los conceptos de “*tatsächliches Verwaltungshandeln*” (“actuación administrativa real”, en el sentido etimológico, vinculado a una realidad física), “*Realakt*” (“acto real”) o “*schlichte Hoheitsverwaltung*” (simple acto de autoridad) podrían equipararse al concepto de vía de hecho, si bien se ha de tener en consideración que el contexto en el que surgen presenta importantes diferencias con respecto al sistema francés, origen de la institución. En efecto, el sistema de recursos en Alemania, el efecto suspensivo automático del recurso de anulación y la predominancia, el monopolio casi absoluto, de las acciones de anulación y de condena han mantenido en la sombra categorías como la que se presenta en estas líneas.²³⁰

²²⁸ Al respecto me remito a lo establecido en el capítulo 8.

²²⁹ En ambos casos fue juez ponente Sieira Míguez.

²³⁰ Cfr. al respecto F. HUFEN, cit., n. 13,2.

A efectos de este trabajo interesa, en primer lugar, la expresión "*faktische Vollziehung*" ("ejecución de facto"), que alude a la ejecución inmediata de un acto administrativo, sin tener en consideración el efecto suspensivo que la ley de la jurisdicción establece con carácter general para todos los actos.²³¹ Una profundización en el contenido de esta expresión - que ha sido criticada por la doctrina, dado que no refleja el auténtico significado de la institución a que hace referencia -²³² indica que con ella se alude a medidas de ejecución de actos administrativos que son nulas por haber prescindido del procedimiento, toda vez que, por diversos motivos, se ha desconocido el efecto suspensivo de las mismas.²³³ Siendo el efecto suspensivo teóricamente la regla general, el alcance de esta institución - a pesar de que algunos autores rechacen la denominación de institución²³⁴ - entiendo suscita una serie de problemas que pueden considerarse afines a los presentados por la vía de hecho. De hecho, se trata de la segunda variante de la vía de hecho existente en Derecho francés, que es, tal y como afirma ABRAHAM, la ejecución forzosa irregular de un acto administrativo, incluso si éste es legal.²³⁵ Se ha de indicar, en fin, que en Alemania la reacción procesal frente a ello sería, según parte de la doctrina y en ciertos casos, una orden provisional de las reguladas en el art. 123 VwGO,²³⁶ de manera que el vínculo con la tutela cautelar vuelve a hacer aparición.

²³¹ Al respecto v. especialmente S. KIRSTE, *Rechtsschutz bei faktischer Vollziehung*, DÖV 10 (2001), pp. 397ss.

²³² Cfr. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., pp. 421ss.

²³³ Cfr. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., p. 422. Como indican estos autores, la nulidad es absoluta y no cabe sanación. Es cierto que no se está poniendo en duda la legalidad del acto, sino sólo la legalidad de su ejecución, pero puede entenderse que dicho acto de ejecución es una vía de hecho, en la medida en que se lleva a cabo prescindiendo del procedimiento.

²³⁴ En efecto, KIRSTE considera que la ejecución fáctica no se trata de una institución, sino de un conjunto de problemas jurídicos. Cfr. S. KIRSTE, *Rechtsschutz...*, cit., p. 397.

²³⁵ Cfr. R. ABRAHAM, *L'avenir de la voie de fait et le référé administratif*, en "L'Etat de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant", Dalloz, París, 1996, pp. 1ss. [p. 6].

²³⁶ Cfr. al respecto S. KIRSTE, *Rechtsschutz...*, cit., p. 397.

En segundo lugar, en lo que respecta a los "simples actos de autoridad" o *schlichte Hoheitsverwaltung*, se ha de indicar que parece existir unanimidad en aceptar frente a los mismos la interposición de una acción de declaración (de irregularidad de la Administración) o de ejecución (para obligar al cese de la actividad),²³⁷ acción que desempeñaría la función que en otros ordenamientos desempeña el interdicto. En estos casos, además, la doctrina admite que se adopten órdenes provisionales vinculadas a dichos recursos.²³⁸

B.- El Derecho positivo

En lo que respecta a la regulación de las medidas cautelares frente a vías de hecho en el Derecho positivo español, se ha de citar en primer lugar el art. 136 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que prevé la aplicación de un régimen privilegiado de tutela cautelar, caracterizado por una menor rigidez en la apreciación de los criterios de adopción de la medida.

La naturaleza del instituto jurídico regulado en el art. 136 no es clara. Carmen CHINCHILLA entiende que el legislador no ha pretendido incluir una suerte de interdicto administrativo, sino que se trata de medidas cautelares *stricto sensu*.²³⁹ Su consideración como medidas cautelares deriva, según esta autora, de la función vicarial de la tutela cautelar respecto de la tutela judicial efectiva, función que en principio no desempeñaría el interdicto.

²³⁷ Cfr. W. WIESELER, cit., p. 181.

²³⁸ Cfr. W. WIESELER, cit., pp. 179ss.

²³⁹ Cfr. C. CHINCHILLA MARÍN, *Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, "Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa", CGPJ, Madrid, 1999, pp. 15ss.[p. 61].

Sin embargo entiendo que si las medidas del art. 136 LJ son instrumentos de una acción propiamente interdictal, cual es la establecida en el art. 30 LJ para todos los supuestos de vía de hecho²⁴⁰, en cierta manera comparten también esta naturaleza. En este sentido, el régimen especial de medidas cautelares previsto por la Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para los supuestos de vía de hecho no es sino corolario del recurso que, con carácter general, el legislador ha establecido para esta circunstancia. Si bien dicho recurso no goza de un procedimiento especial y propio (algo criticado por la doctrina especializada en la materia)²⁴¹, sus características diferenciadas se deducen del articulado de la ley y su asimilación con el interdicto civil se expresa en la Exposición de Motivos. En efecto, en la misma se establece que “[l]a acción [frente a la vía de hecho] tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares”. Las razones por las cuales, pese a estas circunstancias, el legislador no procedió a regularlo de manera diferenciada, no están claras. Parece que se ha optado por seguir la solución propuesta por el Anteproyecto de la Ley, sin introducir los pasos intermedios necesarios para consolidar este modelo.

Al margen de esta medida cautelar específica, se ha de aludir, en fin, a la función de los interdictos tradicionales como medidas cautelares. Si bien se trata de una opción de escasa aplicación práctica, su uso en determinadas ocasiones ha sido ya puesto de

²⁴⁰ Sobre la naturaleza interdictal de esta acción, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 9ª ed., 1999, p. 796.

²⁴¹ Cfr. F. LÓPEZ MENUDO, *Medidas cautelares, interdictos y vías de hecho*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa”, OGPJ, Madrid, 1999, pp. 109ss. [pp. 115ss]. Pese a que el art. 30 LJ prevé un recurso específico frente a la vía de hecho administrativa, las características de dicho recurso son las propias del procedimiento ordinario y se encuentran en distintos preceptos del articulado. LÓPEZ MENUDO considera que el legislador hubiera debido establecer, por motivos de claridad, un régimen jurídico propio o, incluso, remitir al procedimiento abreviado del art. 78 LJ para que pudiera sustanciarse mediante este mecanismo.

manifiesto por la doctrina y ha de ser un elemento más a tener en cuenta para vencer los efectos del tiempo en el proceso.²⁴²

En Francia ha de hacerse mención del denominado *référé-liberté*, regulado en el art. L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa²⁴³ y creado a imagen de otra institución existente en el ámbito local desde la ley de descentralización de 2 de marzo de 1982.²⁴⁴ La ley otorga al juez el poder de adoptar cuantas medidas resulten necesarias para salvaguardar una libertad fundamental²⁴⁵ que el demandante considera vulnerada por una persona jurídica de Derecho Público o un organismo de Derecho Privado encargado de la gestión de un servicio público en el ejercicio de sus funciones. La vulneración de dicha libertad ha de ser grave y manifiestamente ilegal, aspectos sobre los cuales se pronuncia el juez de *référé* en un plazo de 48 horas.

²⁴² Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *Ley del Suelo y Juicio Interdictal (Los interdictos contra la Administración por obras municipales o amparadas en autorizaciones municipales)*, en "Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", Civitas, Madrid, 1996, pp. 4527ss. [pp. 4550ss.]; F. SÁINZ MORENO, *La vía interdictal como medida cautelar contra las obras que se ejecutan con infracción manifiesta de las normas urbanísticas (Sentencia de la AP de Madrid de 12 de noviembre de 1974)*, REDA 13 (1977), pp. 268ss. Más recientemente, y con carácter más general, se ha pronunciado en este sentido S. GONZÁLEZ-VARAS, cit. (1994).

²⁴³ "El juez de *référé* puede adoptar todas las medidas necesarias para la salvaguarda de una libertad fundamental que haya sido vulnerada de modo grave y manifiestamente ilegal por parte de una persona jurídica de Derecho Público o un organismo de Derecho Privado encargado de la gestión de un servicio público en el ejercicio de sus funciones. La demanda de *référé* ha de estar justificada por la urgencia y el juez se ha de pronunciar en un plazo de 48 horas".

²⁴⁴ En el ámbito local la medida, denominada allí "*déféré préfectoral*" o "*référé aux fins de sursis d'extrême urgence à l'exécution des actes des autorités décentralisées*", se aplica en supuestos de vulneración de libertades públicas o individuales por las autoridades descentralizadas. Una diferencia importante radica en el hecho de que el *déféré* sólo permitía solicitar la suspensión, mientras que el nuevo *référé* permite solicitar todo tipo de medidas cautelares.

²⁴⁵ En general, los autores relacionan la expresión "libertad fundamental" con el término "libertades públicas", que comprendería derechos y libertades contenidos en diversas fuentes: la Constitución, la ley, el reglamento, los principios generales del Derecho y los en Francia denominados "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República". Vid. C.-A. COLLARD, *Libertés Publiques*, Précis Dalloz, 7ª ed., París, 1989. Las libertades públicas, además, no se contendrían en una lista cerrada, sino que habría de atenderse a la evolución psicológica y social de cada Estado. Cfr. J. ROBERT, *Libertés Publiques et Droits de l'Homme*, Montchrestien, París, 1988, p. 18. En el caso específico del *référé-liberté*, algún autor, sin embargo, considera que la terminología empleada en la nueva ley es incluso y necesariamente más amplia que el concepto "libertades públicas". (R. VANDERMEEREN, cit., p. 713).

El *référé libéré* es, al igual que el interdicto civil, un proceso sumario (se ha de adoptar en un plazo de 48 horas) y autónomo. La situación frente a la que reacciona dicho *référé* es una vulneración grave y manifiesta de una libertad fundamental, terminología que recuerda en gran medida a la empleada en los supuestos de vía de hecho. Por esta razón, en los primeros momentos de la reforma, la doctrina se planteó los problemas derivados de dicha equiparación, toda vez que la interpretación jurisprudencial de los criterios determinantes de una vía de hecho ha sido tradicionalmente restrictiva.²⁴⁶ El peligro de la confusión se salvaba, sin embargo, por la referencia del propio Código de Justicia Administrativa a una Administración “que actúa en ejercicio de sus funciones”, expresión que elimina de raíz la existencia de una vía de hecho.²⁴⁷

La relación entre vía de hecho y medidas cautelares en Francia presenta, además, un añadido a tener en cuenta. Así, en los años noventa, ABRAHAM constataba que la vía de hecho, que desde hacía unas décadas venía vaticinando su deceso, había cobrado nueva vida en el panorama jurídico.²⁴⁸ En este sentido, los recursos ante los jueces de lo civil por dicho motivo no hacían sino multiplicarse²⁴⁹ y el Tribunal de Conflictos no podía frenar dicha avalancha. La razón la veía este autor no en una ampliación de las competencias del juez civil, sino en la debilidad palmaria del contencioso-administrativo en las medidas cautelares.²⁵⁰ Continuaba el autor con la siguiente y expresiva afirmación: “*Quiere esto decir que el futuro de la teoría de la vía de hecho depende directamente (pero*

²⁴⁶ Una opinión contraria la sostiene ABRAHAM, que constata el carácter paulatinamente más amplio del concepto de “libertad fundamental” en la vía de hecho, de la mano de la jurisprudencia constitucional y de los textos internacionales, v. R. ABRAHAM, cit., p. 5.

²⁴⁷ R. VANDERMEEREN, cit. p. 713.

²⁴⁸ R. ABRAHAM, cit., pp. 1ss.

²⁴⁹ El juez civil ha sido considerado en Francia durante largo tiempo el garante de las libertades y los derechos fundamentales, de manera que los recurrentes preferían acudir al mismo antes que el juez del contencioso-administrativo.

²⁵⁰ Cfr. R. ABRAHAM, cit., p. 1.

en sentido contrario) de aquél del *référé* administrativo, que es a nuestros ojos la gran cuestión a la cual la jurisdicción contencioso-administrativa deberá saber dar respuestas convincentes en los próximos años".²⁵¹ De hecho, la ampliación de la vía de hecho vino dada, en buena parte, de la mano del juez civil de las medidas cautelares.²⁵²

3.- Procesos autónomos

Una de las cuestiones que mayor interés suscitan en lo que a la naturaleza de las medidas cautelares se refiere es su relación con los procesos sumarios.²⁵³ A diferencia de las medidas cautelares, los procesos sumarios no presentan las características de la instrumentalidad y la provisionalidad, más que en el sentido general de todo proceso. Sin embargo, en la medida en que dichas notas de los instrumentos cautelares están siendo relativizadas en el Derecho positivo y la jurisprudencia, la confusión existente en la práctica es notable.

En efecto, tal y como se ha indicado más arriba, el uso del criterio teleológico de la instrumentalidad, que da cabida a todo tipo de medidas que garanticen la efectividad de la sentencia definitiva independientemente de la naturaleza de dichas medidas, ha llevado a los autores a plantearse la adecuación de tal criterio con la seguridad jurídica. Entre dichas medidas no es raro que hagan su aparición resoluciones cuya naturaleza responde más adecuadamente a la de los procesos sumarios que a la de las medidas cautelares propiamente dichas. Una cuestión de similares características se ha planteado ya en el Derecho Procesal Civil a raíz del tenor excesivamente genérico del antiguo art.

²⁵¹ *Ibíd.*, p. 1.

²⁵² *Ibíd.*, p. 11.

²⁵³ Entre otros puede citarse el siguiente trabajo: FAIRÉN, *Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo*, en "Temas del ordenamiento procesal", II, Madrid, 1969, pp. 825ss. Apud M.P. CALDERÓN CUADRADO, cit., p. 77, nota 232.

1428 LEC, que regulaba las medidas cautelares innominadas.²⁵⁴ Al respecto la doctrina procesalista se ha preguntado cuáles son los límites del carácter anticipatorio de las medidas cautelares, cuáles son en definitiva las exigencias de la provisionalidad.

En las medidas cautelares del contencioso-administrativo las menguas a la provisionalidad vienen dadas por la relativización de la prohibición del prejuicio del fondo del asunto que se aplica, en especial, en la apreciación del criterio del *fumus boni iuris*.²⁵⁵ En ocasiones es necesario prejuzgar el fondo del asunto para que la tutela judicial sea efectiva, y ello es así en determinados ámbitos materiales del Derecho en los que el transcurso del tiempo produce efectos irreversibles y el juez de las medidas cautelares se ve obligado a adoptar una resolución que, por necesidad, configurará de forma definitiva la situación jurídica subyacente. Es el caso, por ejemplo, de la denegación de la autorización necesaria para llevar a cabo una manifestación, o es el caso de los actos denegatorios de acceso a los estudios universitarios en un determinado centro. Este último supuesto no presenta la perentoriedad del primero, pero también ha dado lugar a que la prohibición de prejuzgar el fondo desaparezca en la práctica jurisprudencial. Esta vinculación entre las necesidades derivadas de un concreto completo jurídico material y la adaptación de un instrumento procesal a dichas necesidades recuerda también al surgimiento de los procesos sumarios en el Derecho Procesal Civil. Como constata CALDERÓN CUADRADO, los procesos sumarios surgieron en su día para satisfacer determinadas necesidades sociales, vinculadas a ámbitos concretos del Derecho material, y para reducir los plazos del proceso en el que habrían de ventilarse los conflictos jurídicos surgidos de las mismas.²⁵⁶

Desde otro punto de vista se ha de hacer mención a otro fenómeno que, si bien presenta unos perfiles en cierta manera sociológicos, entiendo es interesante para

²⁵⁴ Cfr. M.P. CALDERÓN CUADRADO, cit., p. 80.

²⁵⁵ Me remito al respecto al capítulo 8.

²⁵⁶ Cfr. M.P. CALDERÓN CUADRADO, cit., p. 78.

comprender el funcionamiento de la tutela cautelar en la actualidad. La práctica muestra - a pesar de no existir estadísticas completas y fiables al respecto - cómo, tras la adopción de la medida cautelar, en ocasiones, las partes se avienen y aceptan la resolución provisional como definitiva. Esta es una realidad constatada ya por la doctrina procesal civilista,²⁵⁷ pero que también acaece en la jurisdicción contencioso-administrativa, pese a que las dificultades de la Administración para llegar un acuerdo en el proceso han sido tradicionalmente mayores que para los particulares.

La mutación de la naturaleza de las medidas cautelares en determinados supuestos materiales es, por tanto, evidente e, incluso, algunas modificaciones legislativas recientes han incluido procesos autónomos bajo la rúbrica de las medidas cautelares.²⁵⁸ La creación de procesos sumarios es, de otro lado, necesaria, en aquellos casos en que sea imprescindible debido a que el transcurso del tiempo lo es en perjuicio de situaciones jurídicas concretas. Sin embargo, entiendo que unas y otros responden a finalidades diferentes dentro del proceso y, por ello, las características que los definen también difieren. Ello implica que el ámbito de actuación de cada una de estas categorías ha de estar claramente delimitado, a pesar de que en casos concretos puedan establecerse canales de comunicación entre ambos.

En ocasiones entiendo que el legislador habrá de crear procedimientos sumarios o abreviados para determinados supuestos materiales y para de esta manera no forzar el instrumento procesal cautelar.²⁵⁹ En los supuestos materiales no previstos para ser objeto de un proceso autónomo, cabría incluir un precepto que excepcionalmente

²⁵⁷ Cfr. M.P. CALDERÓN CUADRADO, cit., p. 81, que se remite a F. RAMOS MÉNDEZ en este aspecto y, en concreto, a su trabajo *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Justicia, 1985, pp. 77 y 78.

²⁵⁸ Es el caso evidente de determinados *référé*s en Francia.

²⁵⁹ Como se indicó más arriba, LÓPEZ MENUDO ha lamentado que el legislador de 1998 no haya aprovechado la oportunidad para configurar el procedimiento abreviado del art. 78 como una suerte de interdicto administrativo.

permitiera la mutación de la resolución cautelar en una resolución definitiva, indicando las condiciones procesales para ello. Si la medida está destinada a prejuzgar el fondo del asunto sea cual sea su tenor, una mutación de estas características podría redundar en beneficio de las garantías de los justiciables.

En fin, y en aras a evitar los excesos de las partes en la solicitud de medidas cautelares para, de esta manera, obtener de forma anticipada aquello que pretenden obtener con el proceso principal, se ha establecido el sistema de cautelas y contracautelas. Ello resulta de especial importancia en las medidas provisionales, en las que ni siquiera se ha interpuesto la demanda principal.²⁶⁰

4.- Especial mención del debate en el Derecho comunitario

En Derecho comunitario no existe una tradición doctrinal y dogmática como la existente en los ordenamientos nacionales, de manera que buena parte de los debates que se acaban de presentar no han encontrado eco en este ordenamiento supranacional. Ello no obstante, los autores que se han ocupado de la materia sí han identificado determinadas cuestiones características de este ámbito, cuestiones que se presentan a continuación. Así, existen una serie de supuestos respecto de los cuáles la doctrina discute su idoneidad o no para ser considerados medidas cautelares. El régimen procedimental puede presentar similitudes, o incluso ser idéntico, y, sin embargo, sostienen algunos autores, su naturaleza no se corresponde con la característica de las medidas cautelares.

Entre los supuestos debatidos más relevantes se encuentra, en primer lugar, la suspensión de la ejecución forzosa de las decisiones del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia, así como de los actos de cualquier otra institución

²⁶⁰ Al respecto, M.P. CALDERÓN CUADRADO, cit., p. 81.

comunitaria. Según los arts. 89 RPTJ y 110 RPTPI, estos supuestos siguen el mismo régimen procesal que las medidas cautelares ordinarias o clásicas.²⁶¹ Así, en los casos en que la legalidad de dicha ejecución sea cuestionada ante el órgano jurisdiccional competente²⁶², la suspensión se ha de regir por los mismos criterios que presiden la suspensión tradicional.²⁶³ A pesar de esta circunstancia, autores como PASTOR BORGOÑÓN y VAN GINDERACHTER rechazan la inclusión de las demandas de suspensión de la ejecución forzosa en la categoría de la suspensión como medida cautelar, debido a su inconexión con el proceso principal, respecto del cual no han de garantizar el efecto útil de la sentencia de fondo.²⁶⁴ Otras voces en la doctrina, no obstante, optan por incluir esta materia en la amplia rúbrica de las medidas cautelares.²⁶⁵

Este debate es indicativo de la relación existente entre las medidas cautelares y la ejecución forzosa, relación que algunos autores, al referirse al Derecho nacional, consideran tan estrecha que ubican las primeras en la categoría genérica de la

²⁶¹ El art. 187 TCE (hoy art. 244) reconoce la fuerza ejecutiva de las sentencias del TJ y el art. 192 TCE (hoy art. 256) regula el procedimiento de ejecución forzosa de los actos de las instituciones comunitarias, incluidas las decisiones de los órganos jurisdiccionales. La ejecución forzosa sigue los procedimientos establecidos en las legislaciones nacionales, si bien la suspensión de la misma sólo puede tener lugar en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia. Es éste el aspecto controvertido.

²⁶² Según el art. 256 (ex-art. 192) el control de la conformidad a Derecho de las medidas de ejecución será competencia de las jurisdicciones nacionales, si bien la suspensión de las mismas queda reservada en cualquier caso a una decisión del Tribunal de Justicia. El Tribunal se erige, así, de nuevo en una suerte de custodio, con competencia exclusiva en las medidas cautelares, en cierta forma similar a su control mediante las cuestiones prejudiciales de las medidas cautelares adoptadas por el juez nacional sobre las normas o los actos de aplicación interna del Derecho comunitario.

²⁶³ SLUSNY, a pesar de no incluir el art. 192 (hoy art. 256) en su estudio, admite que la cuestión puede ser controvertida. Sostiene que la suspensión de la ejecución en estos supuestos es una concesión graciosa del Tribunal, pero que no parece de recibo que el particular a quien una institución comunitaria ha impuesto una sanción pecuniaria carezca de posibilidades de recurrir ante los órganos (diríamos hoy, aun cuando en el momento en que el autor escribía no se había creado todavía el TPI) jurisdiccionales comunitarios con unas garantías mínimas. Cfr. M. SLUSNY, cit., p. 135.

²⁶⁴ B. PASTOR BORGOÑÓN / E. VAN GINDERACHTER, cit., p. 21. Los autores se remiten, a su vez, a M. SLUSNY, cit., p. 135 y a A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, en *I processi speciali*, Nápoles, 1979, p. 378.

²⁶⁵ G. VANDERSANDEN / A. BARAV, cit., p. 428.

segunda.²⁶⁶ Si bien es cierto que algunas medidas cautelares no son susceptibles de constituir medidas ejecutivas, como por ejemplo aquéllas dirigidas a asegurar la prueba, genéricamente la relación entre ambas es palmaria.²⁶⁷

Al respecto se ha de tener en cuenta el debate existente en Alemania sobre los efectos de la suspensión. Así, frente a quienes opinan que el objeto de la suspensión es la ejecución del acto, otros autores sostienen que dicho objeto es la efectividad, de manera que el acto administrativo cesaría de producir todo tipo de efectos jurídicos en tanto se mantuviera la suspensión. El objeto de la suspensión es, por tanto, bien la ejecutividad, bien la efectividad, pero no el efecto de cosa juzgada, dado que el acto procede de una Administración. Esta sería la diferencia, a juicio de algunos autores, de la suspensión y la ejecución forzosa de una resolución judicial recurrida, dado que con esta última se estaría suspendiendo la fuerza de cosa juzgada de dicha resolución.²⁶⁸

Otro supuesto de asimilación al régimen de medidas cautelares, sobre el que sí existe consenso en la doctrina es la ejecución o inejecución²⁶⁹ provisional de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia cuando éstas han sido recurridas en casación. El recurso de casación de las sentencias del TPI se regula con carácter general en los arts. 56-61 ETJ y, a tenor de lo establecido en el art. 60, carece de efecto

²⁶⁶ Así, Carmen CHINCHILLA, tras aludir a quienes sostienen que la medida cautelar más eficaz es aquélla que más se parece a la medida que integrará la futura ejecución, concluye que *"es ésta la razón por la cual la mayoría de la doctrina considera que las medidas cautelares pertenecen latu sensu a la ejecución forzosa"*. C. CHINCHILLA, cit. (1991), pp. 38 y 39.

²⁶⁷ De hecho, PASTOR BORGONÓN y VAN GINDERACHTER incluyen también la homogeneidad con las medidas ejecutivas entre los caracteres distintivos de las medidas cautelares. Conscientes de las dificultades de las sentencias del Tribunal de Justicia para ser susceptibles de una ejecución forzosa, por el carácter declarativo de la mayor parte de sus sentencias, no ven óbice sin embargo para establecer una relación entre ambas. Cfr. B. PASTOR BORGONÓN / E. VAN GINDERACHTER, cit.

²⁶⁸ Cfr. W. WIESELER, cit., p. 119.

²⁶⁹ En unos casos las decisiones del TPI son inmediatamente ejecutivas, mientras que en otros supuestos postergan sus efectos hasta el pronunciamiento final por el TJ.

suspensivo, con lo que las sentencias del TPI serían inmediatamente ejecutivas, en consonancia, además, con lo establecido en el art. 244 TCE (ex-art. 187). Sin embargo, es posible lograr dicha suspensión, así como cualquier otra medida provisional siguiendo el régimen general establecido en los arts. 242 y 243 TCE (ex-arts. 185 y 186), tal y como establece el art. 60.2 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

El segundo apartado del artículo 53 recoge un supuesto especial, a saber, la anulación de un reglamento por el TPI. En estos casos el recurso de casación sí que goza de efecto suspensivo, esto es, el reglamento seguirá vigente en tanto no haya expirado el plazo para interponer el mencionado recurso o mientras el Tribunal de Justicia no haya adoptado una decisión firme al respecto. En este supuesto, sin embargo, es posible solicitar que se suspendan provisionalmente los efectos del reglamento anulado o que se adopte cualquier otra medida provisional.

CAPÍTULO 3

EL CONTEXTO SUPRANACIONAL: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS EXIGENCIAS A LOS JUECES NACIONALES

INTRODUCCIÓN

El origen del presente trabajo comparado se encuentra, como ya indiqué, en la jurisprudencia prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la tutela cautelar. Así, en una serie de resoluciones de dicho Tribunal, que comienzan fundamentalmente con la señera *Factortame*, se establece la obligación para los jueces nacionales de adoptar un determinado modelo de tutela cautelar en los supuestos en que el Derecho comunitario esté en juego.

La cooperación judicial es el punto de partida del sistema judicial comunitario, siendo la tutela cautelar una de sus más relevantes creaciones. La jurisprudencia concerniente a este mecanismo procedimental muestra con claridad la postura del Tribunal sobre las relaciones entre órganos jurisdiccionales en el contexto comunitario. Estas relaciones no han resultado pacíficas. A pesar de no haberse producido un enfrentamiento tan directo como el suscitado tras el Tratado de Maastricht²⁷⁰, la

²⁷⁰ Así, en Alemania, el *Bundesverfassungsgericht* estableció, en su conocida sentencia sobre el Tratado, que se reservaba el Derecho de controlar la actividad de las instituciones de las Comunidades Europeas si existía la sospecha de que éstas se estaban excediendo de las competencias efectivamente atribuidas por los Estados Miembros en el Tratado de Maastricht. Si se comprobaba que el exceso había tenido lugar,

doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia en materia de medidas cautelares se contempla con cierto escepticismo en algunos foros.²⁷¹

Así, en Alemania, la mayoría de los autores se han rebelado frente a una postura tan escasamente garantista, a su entender, como la desarrollada en Luxemburgo²⁷² y la propia jurisprudencia germana se hace eco de esta rebelión reservándose el derecho de dejar provisionalmente inaplicable el Derecho comunitario ante una vulneración de los derechos y libertades reconocidos por la Ley Fundamental de Bonn.²⁷³ A diferencia de Alemania, la recepción en España de la doctrina del Tribunal de Justicia en materia cautelar ha resultado más que favorable. La doctrina lo ha considerado tradicionalmente

Alemania no estaría vinculada por dicho comportamiento (BVerfGE 89,155). Del mismo modo, el Tribunal Supremo danés sostenía en 1998 que la cesión de soberanía a las Comunidades Europeas mediante el Tratado de la Comunidad Europea, en su versión tras el Tratado de la Unión de 1992, sólo podía ser interpretada en los términos establecidos por la ley danesa de adhesión (*Act of Accession*). Del texto de dicha ley no se deducía que las competencias transferidas a las Comunidades fueran de tal naturaleza que se hubieran cedido parcelas de soberanía cuya cesión estuviera prohibida por la Constitución (punto 9.8 de la sentencia). No obstante, del espíritu de esta resolución parece deducirse que, del mismo modo que el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Supremo danés se reserva el derecho de comprobar la compatibilidad del Derecho comunitario con el Derecho (constitucional) interno (Decisión I 361/1997, de 6 de abril de 1998). Para el comentario de la sentencia del Tribunal Supremo danés me he basado en una traducción no oficial proporcionada por el Ministerio Danés de Asuntos en el sitio internet <http://www.um.dk/udenrigspolitik/europa/domeng>. Esta traducción, sin embargo, ya no consta en la red.

²⁷¹ Cfr. en este sentido A. ESTELLA DE NORIEGA, *A Dissident Voice: The Spanish Constitutional Case Law on European Integration*, EPL 1999, pp. 269 ss.

²⁷² V., por todos, K. FINKELNBURG/K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, CH BECK, Munich, 1998, pp. 612ss.; W. SCHMITT GLAESER/H.-D. HORN, *Verwaltungsprozessrecht*, 15ª edición, Boorberg, Stuttgart (et alt.), 2000, pp. 161ss. Una opinión disidente al respecto puede encontrarse en F.N. KRUMBACHER, *Vorläufiger Rechtsschutz vor nationalen Gerichten im Fällen mit Gemeinschaftsrechtsbezug*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998. Este autor, a diferencia de la doctrina abrumadoramente mayoritaria, considera que el grado de protección cautelar en Alemania es inferior al establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y lo compara con el ejemplo inglés. Según KRUMBACHER, el modelo inglés de tutela cautelar se adaptaría a la perfección a las exigencias de Luxemburgo, debido al contenido amplio del criterio de la ponderación de intereses, así como a la propia disposición de los jueces a desarrollar la doctrina iniciada con *Factortame*. V., especialmente, pp. 150ss.

²⁷³ V. la resolución de la Sección Primera de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional alemán de 25 de enero de 1995 (NJW 1995, 950=EuZW 1995,126). Como consecuencia de dicha resolución, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo dictó la Sentencia *T. Port*, as. 68/95, de 26 de noviembre de 1996, *T. Port GmbH & Co. KG c. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, Rec. 1996, p. I-6065.

como un mecanismo para ampliar las garantías existentes en el ordenamiento jurídico español²⁷⁴ y la propia regulación que prevé la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa aprobada en 1998 parece haberse inspirado, al menos en ciertos aspectos, en la jurisprudencia de Luxemburgo.²⁷⁵ Francia representaría en este esquema de reacciones a la jurisprudencia de Luxemburgo la postura ecléctica. De un lado, no se han producido manifestaciones unánimes en uno u otro sentido, sino que las posiciones varían de autor a autor y de materia a materia. De otro lado, la reciente modificación de las medidas cautelares en Francia no parece haber sufrido ninguna influencia comunitaria. Se trataría, a juicio de los numerosos comentarios ya publicados y según fuentes internas al Consejo de Estado, de una reforma estrictamente francesa que responde a una serie de problemas planteados en el orden interno, debido al insatisfactorio desarrollo práctico de la regulación anterior. Los orígenes de dicha reforma obedecen estrictamente a la iniciativa de un grupo de trabajo en el seno del Consejo de Estado, que elaboró un texto apenas modificado por el legislador.

El legislador comunitario no ha procedido, por el momento, a regular de forma significativa la materia. El régimen aplicable al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia se contempla en el Estatuto del Tribunal y en los correspondientes Reglamentos de Procedimiento. Sin embargo, las medidas cautelares que hayan de aplicar los jueces nacionales siguen las pautas establecidas por la jurisprudencia comunitaria. Sólo en ámbitos materiales específicos, como los contratos públicos,

²⁷⁴ V. por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1995. Sobre los factores que han contribuido al éxito del Derecho comunitario en España, v. E. MALARET i GARCÍA, *Le droit administratif espagnol entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire*, en G. MARCOU (ed.), "Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences", L'Harmattan, Paris, 1995, pp. 101ss. [pp.31ss.]. A la disparidad en lo que atañe a la recepción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los diversos ordenamientos se refiere también M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, p. 85.

²⁷⁵ V. a título de ejemplo, M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *La tutela de los derechos con origen en el ordenamiento comunitario*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 69ss. En concreto, p. 75.

existen previsiones normativas concretas.²⁷⁶ Este aspecto es significativo, dado que muestra el respeto del legislador comunitario por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la medida en que sigue la línea iniciada por este último.

En las páginas que siguen se presentará dicha jurisprudencia, individualizando aquellos elementos que con posterioridad serán objeto de atención monográfica en los sucesivos capítulos. Interesa señalar en especial las lagunas del modelo propuesto por el Tribunal de Justicia, que entiendo pueden ser colmadas mediante el estudio comparado de los ordenamientos nacionales, más desarrollados y completos. Antes de exponer cada uno de los pronunciamientos del Tribunal, sin embargo, se procederá a contextualizar la materia. Para ello se insiste en el concepto de diálogo jurisdiccional, base del actual sistema judicial comunitario, así como en el tándem autonomía procedimental-efectividad, que entiendo es el debate en el que se inserta la cuestión de la tutela cautelar comunitaria.

I.- EL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL EN EUROPA COMO PRESUPUESTO TEÓRICO

El sistema jurisdiccional que vela por la aplicación del Derecho comunitario presenta una estructura diferente de los modelos tradicionalmente establecidos en el

²⁷⁶ V. Directiva 89/665 CEE, de 21 de diciembre de 1989, Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, *relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras* y Directiva 92/13 CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, *relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones*. El art. 2 de la primera directiva establece un sistema obligatorio de medidas cautelares, proponiendo dos regímenes diferenciados, de los cuales cada Estado ha de escoger uno. Se aprecia la existencia de un equilibrio entre la uniformidad del Derecho comunitario, que requiere la existencia de un tipo de tutela cautelar con dichas características, y la autonomía de los Estados Miembros. De este modo los Estados adoptarán el modelo de medidas cautelares que mejor se adapte a sus normas de Derecho interno. Además, existe la posibilidad de que en el caso específico se reclamen los daños e intereses, debido a que una decisión ha sido adoptada de forma ilegal, o bien de anular o declarar ilegal la decisión impugnada, "si su sistema (el de los Estados Miembros) de derecho interno lo requiere y si dispone de instancias con la competencia necesaria a estos efectos". La garantía de la autonomía es manifiesta.

interior de los Estados. La característica esencial de dicho sistema es el diálogo²⁷⁷, que preside las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios *stricto sensu*²⁷⁸: la ausencia de una clara relación jerárquica entre ellos y el mecanismo de preguntas-respuestas generado en el marco de las cuestiones prejudiciales corroborarían este aserto.²⁷⁹ Como es sabido, el punto de partida de este procedimiento es una

²⁷⁷ El concepto de diálogo se emplea aquí en el sentido referido por la literatura jurídica comunitaria, que es quien tradicionalmente se ha ocupado de estas cuestiones. V. por todos G. TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and the National Courts*, en "Festschrift til Ole Due, Liber Amicorum", G.E.C. Gads Forlag, Copenague, 1994, pp. 355ss. Se ha de destacar que en el contexto actual, presidido por la interdisciplinariedad, no pueden obviarse las aportaciones de otras áreas, como la Ciencia Política o la Ciencia de la Administración, que han comenzado a hacer aparición hace no demasiados años. V., en el ámbito de la Ciencia Política, K. ALTER, *Explaining National Courts Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, en A.-M. SLAUGHTER/A. STONE SWEET/J.H.H. WEILER (eds.), "The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence", Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 227ss. Sobre el origen y la evolución del término "diálogo judicial", v. pp. 232 ss. Por otra parte, las contribuciones de la Ciencia de la Administración a la determinación de un modelo de Administración comunitaria, a pesar de no ser objeto de análisis en el presente trabajo, presentan un interés indudable para el administrativista. Del modelo de Administración que finalmente se establezca - probablemente alejado de los paradigmas conocidos -, de la organización administrativa y de las relaciones interorgánicas e intersubjetivas, depende la consolidación de este concepto, hoy por hoy todavía ambiguo, de Derecho Administrativo Europeo. La Ciencia de la Administración, además, ha comenzado recientemente a ocuparse también del sistema judicial, adoptando una perspectiva diferente, pero complementaria, a la tradición jurídico-comunitaria. Esta tendencia, que parece haberse originado bajo los auspicios del Grupo Europeo de Derecho Público y del Grupo Europeo de Administración Pública, se plasma en las diversas aportaciones incorporadas al libro *The Challenge of Change for Judicial Systems. Developing a Public Administration Perspective*, editado por M. FABRI y P.M. LANGBROEK (IOS Press, Amsterdam, 2000).

²⁷⁸ El Tribunal de Justicia ha reiterado en repetidas ocasiones el carácter de juez comunitario de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho comunitario. Ya en 1976, en el asunto 33/76, *Revue-Zentralfinanz eG y Revue-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, de 16 de diciembre, Rec. 1976, p. 1989, el Tribunal de Justicia sentó las bases de un modelo de cooperación judicial que se ha desarrollado paulatinamente. Sobre esta cuestión v. I. MAHER, *National Courts as European Community Courts*, LS 14 (1994), pp. 226ss.; R. MEDHI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire: l'exemple français*, Tesis, Universidad de Rennes, 1995; A.-M. SLAUGHTER/A. STONE SWEET/J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court of Justice and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998; J. TEMPLE LANG, *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, ELRev 22 (1997), pp. 3ss.; W. VAN GERVEN, *The Role and Structure of the European Judiciary*, ELRev 21 (1996), pp. 211ss. Asimismo, como una primera aproximación al tema puede verse G. LE BRETON, *La coopération du juge national à l'ordre juridique communautaire 1992-1993*, memoria de LL.M., Instituto Universitario Europeo, 1994.

²⁷⁹ Los autores coinciden en afirmar que el modelo de cooperación jurisdiccional ha prevalecido sobre el modelo jerárquico, modelo éste que podía haberse desarrollado a partir de los datos normativos establecidos por los Tratados. A pesar de las sucesivas reformas de los mismos, no se ha estimado necesario introducir ningún elemento que modificara el modelo consolidado, lo cual vendría a refrendar

pregunta, una duda, planteados por un juez nacional al Tribunal de Justicia y fruto de esas cuestiones es hoy el grueso del sistema de tutela cautelar establecido por el Tribunal.

Es importante retener, además, que los términos del diálogo se encuentran condicionados por la actitud de los mencionados órganos nacionales, y que la mayor parte de las cuestiones en materia cautelar han sido interpuestas por jueces o tribunales procedentes del mismo Estado, Alemania.²⁸⁰ A raíz de las preguntas de los jueces alemanes, algo más específicas que la cuestión planteada por el tribunal inglés en *Factortame I*, se ha ido perfilando la tutela cautelar impuesta por el Tribunal de Justicia a los jueces nacionales. Cabe preguntarse si el resto de jueces nacionales admitirán que la evolución de la institución continúe siendo el resultado de dos fuerzas, la comunitaria y la alemana, o si nuevos autores procederán a introducirse en la conversación. Parece que Austria se ha apuntado ya al diálogo.²⁸¹

El diálogo se deriva del mandato de cooperación que recoge el art. 10 TCE (ex-art. 5), con el que se alude al deber impuesto a los Estados Miembros para que éstos adopten todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación del Derecho comunitario. Si bien el texto literal del art. 10 TCE no incluye expresamente a los órganos jurisdiccionales, el Tribunal de Justicia sí los ha incluido y ninguna otra institución se ha rebelado frente a esta actitud.²⁸²

la doctrina de la cooperación jurisdiccional que el Tribunal de Justicia ha deducido del art. 10, antiguo art. 5 TCE. V. en este sentido R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruselas, 1976, p. 272. También J.P. JACQUÉ/J.H.H. WEILER, *On the Road to the European Union. A New Judicial Architecture: an Agenda for the Intergovernmental Conference*, CMLR 27 (1990), pp. 185ss. Cfr. asimismo J. TEMPLE LANG, *Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty*, CMLRev 27 (1990), pp. 645ss.

²⁸⁰ Es el caso de los asuntos *Zuckerfabrik, Atlanta* y *T-Port*, a los que me refiero más adelante.

²⁸¹ Me refiero, en concreto, al asunto *Kröger*, que se detalla más adelante.

²⁸² Ya en 1976, en el asunto *Reue-Zentralfinanz eG y Reue-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, de 16 de diciembre, párr. 6, el Tribunal citaba expresamente el entonces artículo 5 del Tratado como mecanismo de garantía de la protección jurisdiccional de los ciudadanos derivada del efecto directo del Derecho comunitario y antes, en un auto de 1964, expresaba su intención de favorecer la

El diálogo judicial ha variado desde la primera jurisprudencia del Tribunal, como se verá a continuación. Los principios de autonomía procedimental y de eficacia del Derecho comunitario se han alternado en importancia y hoy se insiste en la idea del equilibrio, del examen de los intereses en conflicto en el caso concreto. Esta nueva tendencia parece concordar con los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad, ejes de las políticas comunitarias en la actualidad. Antes de presentar el desarrollo de estos principios, sin embargo, se ha de mencionar el tipo de relación establecida entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales, relación que determinará el sentido de la jurisprudencia comunitaria.

El punto de partida de dicha relación es la existencia de una pluralidad de jueces que resuelven conflictos de Derecho comunitario en aplicación de normas procedimentales nacionales supone un peligro manifiesto para la aplicación uniforme de dicho Derecho.²⁸³ Por esta razón, el Tribunal de Luxemburgo conserva la importante atribución del monopolio de interpretación y aplicación de los Tratados en el contexto de las cuestiones prejudiciales, origen del diálogo que ha supuesto la configuración de un determinado tipo de relaciones entre órganos jurisdiccionales.

En sus orígenes las relaciones presentaban, a juicio de la doctrina, un carácter horizontal y bilateral. De un lado, tanto el Tribunal de Justicia como el juez nacional se encontraban en posiciones equivalentes (horizontalidad): el juez nacional decidía si

cooperación judicial (cfr. auto de 3 de julio de 1964, *Costa y Edison*, Rec. 1964, p. 1195). Cfr. además la *Nota informativa* [del Tribunal de Justicia] sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos nacionales (en el sitio internet del Tribunal de Justicia: <http://www.curia.eu.int>), donde se establece que "el desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario es fruto, en gran medida, de la colaboración establecida entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los jueces nacionales, a través del procedimiento prejudicial previsto en el artículo 177 del Tratado CE y en las correspondientes disposiciones de los Tratados CECA y CEEA. Para facilitar esta colaboración y satisfacer mejor las expectativas de los órganos jurisdiccionales nacionales, proporcionando respuestas útiles a las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia pone a disposición de los interesados, y en especial de los jueces nacionales, las indicaciones siguientes..."

²⁸³ Y la necesidad de dicha aplicación uniforme es una "evidencia solar", en palabras del antiguo Presidente LECOURT, cit., p. 264.

sometía o no la cuestión al Tribunal y en qué materias.²⁸⁴ De otro, la respuesta que recibía de Luxemburgo se dirigía estrictamente al juez interpelante y era utilizada con carácter exclusivo en el caso concreto en que se había suscitado la duda.

Esta concepción, sin embargo, no tardó en ser abandonada, dado que la realidad y la práctica posterior han consolidado un modelo de relación que presenta un carácter vertical y multilateral. La verticalidad se manifiesta en una suerte de jerarquía que se ha establecido entre el Tribunal y los jueces nacionales.²⁸⁵ Por su parte, la multilateralidad hace referencia a los efectos de la sentencia prejudicial, que no afecta única y exclusivamente al caso concreto, sino que supone un impacto *de facto* o *de iure* sobre todos los jueces nacionales, en la medida en que el Tribunal establece una doctrina que ha de ser respetada por todos ellos.²⁸⁶ Si bien comparto la opinión expuesta con respecto al binomio horizontalidad/verticalidad, entiendo que la multilateralidad ha sido siempre una característica del sistema. Gran parte de la doctrina constitucional elaborada por el Tribunal se ha gestado precisamente en el marco de las cuestiones prejudiciales, circunstancia que indica que el alcance de estas sentencias se ha considerado siempre mayor que el propio de la mera resolución del caso concreto.

²⁸⁴ En 1976, el Presidente LECOURT sostenía que el juez *a quo* era señor de la cuestión prejudicial. Podía decidir si la elevaba o no, e incluso podía retirarla si lo estimaba oportuno. Incluso algunos jueces nacionales consideraron que esta decisión, la de elevar o no la cuestión, poseía una naturaleza *sui generis* y no podía ser objeto de recurso. Cfr. R. LECOURT, cit., p. 267.

²⁸⁵ Desde la sentencia de 21 de febrero de 1991, en los asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, *Zuckerfabrik Sünderthmarschen et Zuckerfabrik Soest*, existe un supuesto concreto en el que el juez nacional está obligado a plantear la cuestión prejudicial, de tal manera que desaparece el arbitrio de que gozaban con anterioridad a este respecto. En el contexto de un proceso en que se esté dirimiendo un asunto en el que se plantee la conformidad de un reglamento comunitario con los Tratados, el juez nacional podrá suspender los actos nacionales de aplicación de dicho reglamento única y exclusivamente si, al mismo tiempo, eleva la cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo para que éste se manifieste sobre la presunta invalidez.

²⁸⁶ Sobre la evolución de las relaciones entre los órganos jurisdiccionales en las Comunidades, v. P. CRAIG/ G. DE BÚRCA, *EU Law*, Oxford, 1998, pp. 407-408.

Realizadas las anteriores observaciones sobre el contexto en que se desarrolla la jurisprudencia prejudicial comunitaria se ha de indicar que el sistema de justicia de las Comunidades Europeas viene caracterizado, de un lado, por el mencionado principio de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales, principio que ha sido reconocido desde las primeras sentencias del Tribunal²⁸⁷ en el contexto del sistema de cuestiones prejudiciales (art. 234 TCE, antiguo art. 177 TCE). De otro, la conformación del sistema ha tenido lugar a raíz de la tensión entre los principios de autonomía de los Estados Miembros y de eficacia del Derecho comunitario. Por último, el sistema podría ser una manifestación de los principios de subsidiariedad (art. 5, apart. 2 TCE, antiguo art. 3B) y proporcionalidad (art. 5, apart. 3 TCE, antiguo 3B), principios que presiden de manera creciente la relación entre la Comunidad y los Estados Miembros.²⁸⁸ Todos los principios mencionados constituirían el desarrollo concreto del principio de separación de poderes en el contexto comunitario y, más en concreto, de la separación horizontal del poder, propia de los Estados con estructura territorial descentralizada.²⁸⁹ Como se ha señalado, la aplicación del principio de cooperación a los

²⁸⁷ V. sentencia de 16 de diciembre de 1960, as. 6/60, *Humblet v. Belgium*. A pesar de tratarse de un asunto suscitado en el ámbito de la Comunidad del Carbón y del Acero, el Tribunal estableció ya un principio general de cooperación entre las Comunidades Europeas y los Estados Miembros. Algunos años más tarde se adoptó la sentencia de 19 de diciembre de 1968, as. 13/68, *Salgoil v. Italian Ministry for Foreign Trade*, ya en el contexto de la Comunidad Económica Europea, que estableció los parámetros del futuro desarrollo

²⁸⁸ G. DE BÚRCA, *National Procedural Rules and Remedies: The Changing Approach of the Court of Justice*, en J. LONBAY/A. BIONDI (dirs.), "Remedies for Breach of EC Law", Wiley, Chichester, 1997, pp. 37 ss. [p. 45]. Tal y como indica esta autora, la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a los órganos jurisdiccionales en el contexto comunitario no es una cuestión exenta de discusión. Sin embargo, a raíz de dos sentencias del Tribunal dictadas en 1995, *Van Schijndel* [as. ac. C-430 y C-431/1993, *Van Schijndel & Van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Rec. 1995, p. I-4705, 14 de diciembre de 1995] y *Peterbroeck* [as. C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie c. Estado belga*, Rec. 1995, p. I-4599, de 14 de diciembre de 1995], y especialmente debido a los términos empleados por el Abogado General en sendos casos, los autores han comenzado a incluir los conceptos subsidiariedad y proporcionalidad en este contexto, aun cuando su uso se acompaña de fórmulas no tajantes y plenas de matices. Sobre la cuestión, v. en general A. ARNULL, *The Evolution of the Court's Jurisdiction under Article 177 EEC*, ELRev 18 (1993), pp. 129ss.; C. HIMSWORTH, *Things Fall Apart: the Harmonisation of Community Judicial Procedural Protection Revisited*, ELRev 22 (1997), pp. 291ss.; M. HOSKINS, *Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*, ELRev 21 (1996), pp. 365ss.

²⁸⁹ V. L. PAREJO ALFONSO (y otros), *Manual de Derecho Administrativo comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 43ss.

órganos jurisdiccionales no se encuentra exenta de discusión. Sin embargo, entiendo que, por las razones ya expuestas y por las que en líneas posteriores se desarrollarán, la tendencia actual es favorable a dicha aplicación.

En virtud del principio de cooperación judicial los jueces nacionales han de garantizar la tutela de los ciudadanos derivada del efecto directo del Derecho comunitario,²⁹⁰ sin que para ello resulte necesario que los Estados creen nuevos recursos o procedimientos (principio de autonomía procedimental).²⁹¹ Pese a esta afirmación, y en aplicación de un principio de eficacia del Derecho comunitario, en 1981²⁹² el Tribunal consideró oportuno establecer ciertas condiciones que garantizaran la uniformidad del Derecho comunitario, indicando que la Comunidad tiene competencia para armonizar los procedimientos en los Estados Miembros en los supuestos en los que las disparidades entre los mismos pudieran hacer peligrar el buen funcionamiento del mercado común. La armonización no tiene lugar si los procedimientos, pese a no ser idénticos, no imposibilitan en la práctica el ejercicio de los derechos que los jueces nacionales están obligados a proteger (*principio de posibilidad práctica*), o bien si las normas procesales aplicables en los supuestos en que se diriman cuestiones de Derecho comunitario no son más desfavorables que aquéllas que resulten de aplicación en los casos en que se diriman cuestiones de Derecho nacional (*principio de equivalencia o de no discriminación*).²⁹³

²⁹⁰ Cfr. sentencia *Reue-Zentralfinanz*, cit., párr. 6.

²⁹¹ Sobre el principio de autonomía procedimental, v. P. CRAIG/G. DE BÚRCA, cit., pp. 214ss.

²⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia *Reue-Handelsgesellschaft Nord v. Hauptzollamt Kiel*, as. 158/80, de 7 de julio de 1981, Rec. 1981, p. 1805, párr. 44.

²⁹³ Con ello se trata de evitar la homogeneización de los recursos en los Estados Miembros, respetando de esta manera las peculiaridades culturales propias de cada ordenamiento. Sobre la eventual homogeneización v. R. CARANTA, *Learning from our neighbours: Public Law Remedies - Homogenization from Bottom Up*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), pp. 220ss.; W. VAN GERVEN, *Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies*, CMLRev 32 (1995), pp. 679ss.

Pese a lo anterior, el Tribunal insistió en la no obligación para los Estados de crear instrumentos procedimentales que garantizaran la aplicación del Derecho comunitario²⁹⁴ y continuó controlando la actividad de los jueces nacionales aplicando los principios de no discriminación y de posibilidad práctica.

Además de lo anterior, el Alto Tribunal sito en Luxemburgo había tenido la oportunidad de responder a una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional italiano sobre los poderes de los jueces nacionales para garantizar la aplicación del Derecho comunitario. Era el asunto *Simmmenthal*,²⁹⁵ en el que Tribunal elaboró su ya conocida fórmula, según la cual el juez nacional competente en cada caso tiene el poder de dejar inaplicada cualquier norma, o práctica legal, administrativa o jurisdiccional que pueda menoscabar la efectividad del Derecho comunitario, incluso si el menoscabo de la efectividad tiene lugar sólo de forma temporal.²⁹⁶

Resulta interesante destacar que en esta sentencia, en el apartado 25, el Tribunal aprovechó para indicar que la cuestión sobre una posible suspensión temporal del Derecho comunitario en un supuesto concreto no estaba clara: “...asumiendo que se acepte que la protección de los derechos con origen en el Derecho comunitario puede ser suspendida hasta que las normas nacionales en contradicción con dicho Derecho hayan sido declaradas inaplicables por las autoridades competentes...”. El Tribunal es consciente de que la suspensión se puede plantear ante el propio juez nacional que ha de dirimir el conflicto durante el tiempo necesario para adoptar una decisión al respecto. El órgano jurisdiccional no indica cuál es su postura, pero en la fórmula empleada se aprecia cierto escepticismo.

²⁹⁴ Sentencia 158/80, *Reue-Handelsgesellschaft Nord mbH v. Hauptzollamt Kiel*, cit.

²⁹⁵ Sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.* (cuestión prejudicial planteada por el pretore de Susa), Rec. 1978, p. 629.

²⁹⁶ Apartados 22 y 23 de la sentencia.

La doctrina de la efectividad comenzada con *Simmenthal* se desarrolló en años sucesivos. El Tribunal fue adoptando una postura que paulatinamente iba cercenando con mayor fuerza la autonomía que había proclamado en sus primeras andanzas. Así, asuntos como *Von Colson*²⁹⁷, *Johnston*²⁹⁸ o *Heylens*²⁹⁹ fueron añadiendo condiciones a las ya establecidas en *Rewe-Zentralfinanz*, de tal modo que la autonomía procedimental se convirtió en una mera imagen de la realidad que había sido en los años 70. El desarrollo ulterior de esta jurisprudencia tuvo lugar en el contexto de asuntos relacionados con la tutela cautelar, asuntos que con carácter más detallado se presentan en las líneas que siguen. En la evolución se apreciará cómo el Tribunal de Justicia insiste en los primeros momentos, de la mano de la doctrina *Simmenthal*, en la efectividad del Derecho comunitario, admitiendo con posterioridad un mayor protagonismo del Derecho nacional, para terminar adoptando una postura acorde con las necesidades de equilibrio que caracterizan sus pronunciamientos en la segunda mitad de los años noventa.

II.- LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TUTELA CAUTELAR

1.- La sentencia *Factortame*³⁰⁰

Factortame evoca diferentes materias en el desarrollo del Derecho comunitario. Así, existen cuatro resoluciones del Tribunal con origen en la misma controversia,

²⁹⁷ Sentencia de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, *Von Colson & Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. 1984, p. 1891

²⁹⁸ Sentencia de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rec. 1986, p. 1651.

²⁹⁹ Sentencia de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, *UNECTEF v. Heylens*, Rec. 1987, p. 4097.

³⁰⁰ Cfr. sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros*, as. C-213-89, Rec. 1990, p. I-2433. La bibliografía sobre esta sentencia del Tribunal de Justicia es extensísima. Un elenco prácticamente exhaustivo de la misma se encuentra en el sitio internet del Tribunal (<http://curia.eu.int>), donde constan las notas de jurisprudencia aparecidas en diversas revistas nacionales e internacionales.

interesando a los presentes efectos la sentencia de 19 de junio de 1990, que responde a una pregunta formulada por la Cámara de los Lores inglesa sobre los poderes del juez nacional en los supuestos en que peligre la aplicación del Derecho comunitario.

a.- El origen del conflicto y la sentencia del Tribunal de Justicia

En 1988, en el Reino Unido se adoptaron varias normas de diverso rango: la denominada *Merchant Shipping Act 1988* y las *Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulations 1988*. Bajo el nuevo régimen jurídico sólo un determinado tipo de embarcaciones (en esencia, aquéllas que tuvieran una relación real con el Reino Unido)³⁰¹ podían registrarse como buques de pesca británicos. Las demás, aun cuando parte de los propietarios o de los accionistas fueran británicos, no podían registrarse si no reunían las estrictas condiciones establecidas por el nuevo régimen jurídico.³⁰²

Este era el caso de *Factortame Ltd.* y otras empresas, que estaban registradas en el Reino Unido siguiendo el Derecho inglés y dirigían o gestionaban embarcaciones con bandera británica, siendo españoles, no obstante, muchos de los directores y accionistas. Además, sobre estas embarcaciones recaía la sospecha de practicar el “robo de cuota”, que, al parecer, fue el origen de la nueva regulación. Descontentos con la misma, este grupo de empresas interpuso un recurso contencioso-administrativo

³⁰¹ Informe de la vista, p. 2: “Es comúnmente sabido que el Reino Unido modificó la legislación anterior para detener la práctica conocida como “*quota hopping*” (“salto” de cuota), que implica – según lo alegado por el Estado – que la cuota de pesca es “saqueada” por embarcaciones de pesca con bandera británica pero sin una relación genuina con el Reino Unido”.

³⁰² V. Informe de la vista, p. 4. Las condiciones estaban vinculadas básicamente a la nacionalidad, la residencia/el domicilio y a la dirección o control efectivos de las embarcaciones. Se requería que un 75% de los propietarios, accionistas y directores/gestores de las operaciones de las embarcaciones cumplieran dichas condiciones. En algunos casos, incluso, dicho porcentaje podía elevarse hasta el 100%. El Tribunal, en la sentencia sobre el fondo (sentencia de 25 de julio de 1991, C-221/89), estableció que se trataba de unas exigencias excesivas.

(*judicial review*)³⁰³ ante el Tribunal Supremo en Gran Bretaña (*High Court of Justice, Queen's Bench Division*)³⁰⁴ alegando que las *Merchant Shipping Act* y *Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulations* eran contrarias al Derecho comunitario. Las reclamaciones concretas eran las que a continuación se detallan.

En primer lugar, se solicitaba del órgano jurisdiccional la declaración de no aplicabilidad de las normas nacionales en cuestión, debido a su incompatibilidad con los artículos 7, 52, 58 y 221 TCE. Estas disposiciones básicamente se referían al principio de no discriminación, que en aquella época sólo se reconocía en el ámbito del mercado común, y a la libertad de establecimiento. En segundo lugar reclamaban la prohibición³⁰⁵ dirigida al Secretario de Estado de Transporte de considerar la antigua inscripción de las embarcaciones en el registro como extinguida con la nueva regulación. Antes de extinguir la antigua inscripción, argumentaban, se habría de clarificar la cuestión relativa a la compatibilidad de la normativa con el Derecho comunitario. En tercer lugar, los demandantes reclamaban daños y perjuicios debido al incumplimiento del Derecho comunitario. Esta pretensión daría lugar, algunos años más tarde, a la también conocida sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, as.ac. C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland* y *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factorama Ltd.* y otros. En esta sentencia el Tribunal decidiría sobre la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho

³⁰³ La traducción de *judicial review* por “recurso contencioso-administrativo” lo es a efectos instrumentales. Sobre este tipo de recursos, en castellano, v. I DEL GUAYO CASTIELLA, *Judicial review y justicia cautelar*, Marcial Pons, Madrid, 1997. V. además D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUERO, *El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa*, REDA 114 (2002), pp.233ss.

³⁰⁴ La “Queen's Bench Division” es una sección del Tribunal Supremo (*High Court*) y conoce de la gran mayoría de los asuntos que llegan a este Tribunal. V. P. KINDER-GEST, *Droit anglais. Institutions politiques et judiciaires*, LGDJ, París, 1997, pp. 318ss.

³⁰⁵ Se trata de un instituto procesal existente en el Derecho inglés consistente en el poder del juez para impedir que un miembro del Gobierno, un Ministro u otro organismo de Derecho Público continúen actuando más allá de las competencias que les atribuye el ordenamiento jurídico. V. P. CRAIG, *Administrative Law*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 721ss.

comunitario atribuible al Estado. Por último, se solicitaba la adopción de medidas cautelares (*injunctions*) en tanto las cuestiones anteriores no fueran resueltas. Si no se adoptaban las medidas cautelares, si no se obligaba al Secretario de Estado de Transporte a considerar el registro como todavía existente, en los años que durara el proceso no hubieran podido ejercer la actividad pesquera, con el consiguiente riesgo de quiebra³⁰⁶.

El Tribunal inglés decidió plantear una cuestión prejudicial sobre la primera cuestión, a fin de que el Tribunal de Justicia pudiera declarar la compatibilidad o no de la regulación británica con el Derecho Comunitario. Asimismo, el propio juez británico ordenó la adopción de medidas cautelares en tanto la cuestión no fuera resuelta.

El Secretario de Estado de Transporte apeló el auto de medidas cautelares de la *High Court* ante el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*). Éste, mediante resolución de 22 de marzo de 1989, estableció por unanimidad que la Constitución inglesa no permitía a los jueces dejar inaplicadas las leyes del Parlamento temporalmente, algo que sucedería si no entraba en funcionamiento el nuevo sistema de registro. Anuló el auto de la *High Court*, alzando la suspensión del nuevo régimen de registro, pero admitió la preparación del recurso ante la Cámara de los Lores.³⁰⁷

³⁰⁶ Informe de la vista, p. 75, alegaciones de la Comisión.

³⁰⁷ A título aclaratorio, y aun cuando se trata de una cuestión conocida, las referencias a la Cámara de los Lores en tanto que órgano jurisdiccional no lo son a la Cámara Legislativa en su conjunto, sino a un Comité que recibe el nombre de "Comité de Apelación de la Cámara de los Lores" (*Appellate Committee of the House of Lords*), que constituye la última instancia de apelación para todos los asuntos en materia civil y penal en el Reino Unido (como es sabido, no existe una jurisdicción específica para lo contencioso-administrativo). Resuelve los recursos de apelación frente a las decisiones de la "Sección de lo Civil" (*Civil Division*) del Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*) - entre estas decisiones se encontrarían las correspondientes a la actividad de la Administración -, pero los demandantes han de obtener previamente la autorización (*leave*) del Tribunal cuya resolución se recurre. La autorización se concede si el recurso plantea una cuestión de Derecho de importancia general (*point of law of general public importance*). No obstante, si no se obtiene dicha autorización, los demandantes pueden acudir directamente a la Cámara de los Lores. P. KINDER-GEST, cit., pp. 324ss.

La Cámara de los Lores consideró, en resolución de 18 de mayo de 1989, que la pretensión de los demandantes relativa a los daños irreparables que podían sufrir si se aplicaba la nueva regulación era fundada, pero la posibilidad de adoptar medidas cautelares y, en concreto, la suspensión en el contexto jurídico inglés presentaba dificultades. En primer lugar, los jueces ingleses no estaban facultados para suspender las leyes adoptadas por el Parlamento, al menos en tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades no se hubiera manifestado sobre su compatibilidad con el Derecho comunitario. De hecho, una de las razones de esta prohibición radicaba precisamente en la presunción de compatibilidad con el Derecho comunitario de que gozan las leyes en Inglaterra. En segundo lugar, los jueces no podían dirigir órdenes de mando (*interlocutory injunctions*) a la Corona. El Tribunal inglés puso de manifiesto que en el Derecho comunitario existe un principio de similares características, la presunción de validez de los actos comunitarios, pero reconoció que este principio podía ser relativizado en los supuestos de adopción de medidas cautelares, refiriéndose incluso a otra sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (*Foto-Frost*) en que se mencionaba esta hipótesis.³⁰⁸

Ante estas contradicciones, la Cámara de los Lores planteó otra cuestión prejudicial en los siguientes términos: Los demandantes en un proceso ante un juez nacional alegan ser titulares de derechos en virtud del efecto directo del Derecho comunitario y una medida nacional les priva automáticamente de dichos derechos; hay argumentos serios a favor de la existencia de dichos derechos (de hecho, se ha planteado una cuestión prejudicial al respecto), pero existe una presunción de compatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario; el juez nacional carece de la competencia para adoptar medidas cautelares (en concreto, la suspensión de la norma nacional), pero resulta claro que las partes sufrirán un daño irreparable si finalmente la normativa nacional se aplica y posteriormente se declara contraria al

³⁰⁸ Informe de la vista, p. 15. As. 314/85, de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec. 1987, p. 4199.

Derecho comunitario. En estos casos, ¿obliga el Derecho comunitario a adoptar medidas cautelares en defensa de los mencionados derechos? ¿Otorga el Derecho comunitario el poder de adoptar dichas medidas cautelares? Si estas dos preguntas obtenían una respuesta afirmativa, el Tribunal inglés solicitaba al Tribunal de Justicia que determinara las condiciones de adopción de las medidas cautelares.

Sorprende constatar que, ante la prolijidad de la pregunta y el alcance de la misma, el Tribunal de Justicia se limitó a responder con una fórmula lacónica que, de modo sumamente genérico, ofrecía la solución. Así, el Tribunal concluía su sentencia afirmando que *“el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales”*. Es cierto que directamente no se exige que se cree un mecanismo procesal específico, inexistente hasta la fecha, pero en realidad es la única solución posible para acatar la decisión del Tribunal en sus justos términos.

La actitud del Tribunal en el presente caso ha sido criticada en la doctrina³⁰⁹, dado que no aprovechó la ocasión para perfilar una teoría completa de las medidas cautelares, tal y como había sido expuesta por el Abogado General Tesauro en sus conclusiones. El Tribunal mencionó el principio de cooperación³¹⁰, más arriba expuesto, y la doctrina de la efectividad³¹¹, según había sido desarrollada en la sentencia *Sirmenthal*. Además, su decisión se justificaba por la propia efectividad del sistema de cuestiones prejudiciales del art. 177, que se vería dañado si un juez nacional no podía suspender una norma nacional presumiblemente incompatible con el Derecho comunitario. La presente resolución sería, en consecuencia, un corolario de la doctrina

³⁰⁹ G. TESAURO, *The Effectiveness...*, cit.

³¹⁰ Cfr. pár. 19.

³¹¹ Cfr. pár. 18 y 20.

general según la cual el juez nacional ha de dejar inaplicada cualquier norma de Derecho interno contraria al Derecho comunitario. Es posible considerar que el Tribunal no desarrolló esta teoría con mayor detalle, debido a que la importancia del caso exigía una rápida decisión. Sin embargo, transcurrió casi un año hasta que esta cuestión prejudicial obtuvo una respuesta.³¹²

El Tribunal, por otro lado, no respondió a la segunda pregunta, esto es, a las condiciones de adopción de las medidas cautelares. Según el Abogado General del caso, esto fue así debido a que esta específica cuestión no era relevante para el caso concreto, sino que presentaba una naturaleza “hipotética” o “consultiva”.³¹³ Sin embargo, el propio Abogado General indica en sus conclusiones que al Tribunal de Justicia compete “*más bien el dar una respuesta general con respecto a la tutela cautelar de los derechos conferidos en virtud del efecto directo del Derecho comunitario*”. Por otro lado, a pesar de que el Abogado General comienza sus conclusiones afirmando que este asunto habría de ayudar sin duda a definir el contexto de las relaciones entre los jueces nacionales y el Derecho comunitario, el Tribunal muestra una extraña y en ese momento ya infrecuente bilateralidad que, al menos en el ámbito de las medidas cautelares, pronto abandonará. El Tribunal quiere dar una respuesta para el caso concreto y aplica una doctrina ya consolidada en su jurisprudencia. Sin embargo, pocos meses más tarde, en febrero de 1991 – en la sentencia *Zuckerfabrik* –, decidirá concretar específicamente cuáles han de ser esas condiciones, dado que la efectividad del Derecho comunitario peligraba en mayor medida que en *Factortame*.

³¹² En el ínterin, la Comisión había interpuesto un recurso por incumplimiento (art. 169 TCE, hoy art. 226), entendiendo que los requisitos de nacionalidad establecidos por la ley inglesa vulneraban los arts. 7, 52 y 221 del TCE. En pieza separada, la Comisión solicitaba al Tribunal la suspensión de la aplicación de los requisitos de nacionalidad con respecto a ciudadanos de otros Estados Miembros. El Tribunal de Justicia ordenó dicha suspensión mediante auto de 10 de octubre de 1989. Este auto es objeto de comentario por E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Novidades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español. La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la ley inglesa de 1988 aparentemente contraria al Derecho comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares sobre la primacía del Derecho comunitario y respecto a la indemnizabilidad de los daños causados por infracción de éste*, en su libro “La batalla...”, cit., pp. 71ss.

³¹³ G. TESAURO, *The Effectiveness...*, cit.

b.- Las conclusiones del Abogado General TESAURO

Pese a lo lacónico de la decisión del Tribunal de Justicia, las conclusiones del Abogado General indican lo que el órgano jurisdiccional hubiera podido decir en junio de 1990, pero no expuso con carácter general hasta febrero de 1991. Como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, se trata (casi) de "*un pequeño tratado en materia de medidas cautelares, desarrollado con notable rigor*".³¹⁴

El Abogado General es consciente del alcance de la sentencia que el Tribunal de Justicia habrá de dictar y así lo expresa en el primer párrafo de sus conclusiones. Se trata de una oportunidad que se ofrece al Tribunal para profundizar en la interpretación de algunos de los principios fundamentales del Derecho comunitario que él mismo ha ido elaborando desde sus primeras resoluciones.

TESAURO no se limita a realizar consideraciones específicas relativas al caso concreto³¹⁵, sino que muestra un especial afán por relacionar las medidas cautelares comunitarias con la tutela judicial efectiva.³¹⁶ La tutela judicial devendría ilusoria si, recordando a CHIOVENDA, el tiempo necesario para tener razón perjudicara a quien la tiene, esto es, si no se adoptaran las medidas cautelares necesarias

³¹⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del fumus boni iuris (auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, en su libro citado "La batalla...", pp. 167ss. En concreto, p. 178.

³¹⁵ Es interesante su reflexión sobre la indemnización como alternativa a las medidas cautelares, que puede indicar que los sistemas de responsabilidad y de tutela cautelar son dos caras de la misma moneda. V. párr. 8 de las conclusiones.

³¹⁶ Se ha de buscar un fundamento común a las medidas cautelares en todos los ordenamientos. V. punto n.º 18 de sus conclusiones.

en cada caso concreto. El Tribunal de Justicia, sin embargo, como ya se indicó, no adoptó esta fórmula en su sentencia.

El Abogado General se refiere también a la presunción de validez de las leyes y de los actos administrativos existente en los Estados Miembros y predicable de los actos comunitarios según una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia.³¹⁷ Mientras que la posibilidad de suspender la ejecución de un acto administrativo está, por lo general, comúnmente reconocida para los jueces ordinarios, siempre que se respeten las condiciones establecidas en cada ordenamiento jurídico, la suspensión de las normas con rango legal, como era el caso en *Factortame*, suele estar reservada a órganos específicos que disponen del monopolio de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Sin embargo, incluso en estos ordenamientos jurídicos la normativa aplicable suele prever la posibilidad de suspensión hasta que el órgano competente se haya manifestado al respecto.

Por último, el Abogado General se refiere a las condiciones de adopción de las medidas cautelares, condiciones cuya determinación, en principio y en ausencia de armonización, habrían de quedar en manos de cada Estado Miembro³¹⁸, si bien el Tribunal podría establecer cláusulas de garantía.³¹⁹ TESAURO no vislumbra problemas que afecten a la uniformidad del Derecho comunitario, ya que, como observa quizás irónicamente “*esta materia no deja demasiado espacio para la imaginación*”.³²⁰ Los criterios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, a pesar de ciertas diferencias en el contenido, existen en todos los ordenamientos. El Abogado añade que se ha de incluir también la

³¹⁷ Cfr. párr. 20 de las conclusiones.

³¹⁸ V. párr. 33 de las conclusiones.

³¹⁹ Las cláusulas podrían coincidir con las establecidas en el caso *Reus-Zentralfinanz*, expuesto más arriba, esto es, el principio de posibilidad práctica y el de no discriminación. El Abogado General se refiere a una sentencia que se manifestaba en parecidos términos, la sentencia *Comet*, as. 45/76, de 16 de diciembre de 1976.

³²⁰ Cfr. párr. 33 de las conclusiones.

ponderación de intereses y la toma en consideración del interés público, diferenciando ambos requisitos como si de dos elementos diversos se tratara. Esta consideración se ha de tener en cuenta, dado que el criterio de la ponderación de intereses se interpreta en algunos ordenamientos, o por ciertos autores en ciertos ordenamientos, como una cláusula de salvaguarda del interés público, mientras que en otros parece constituir, en efecto, un criterio diferente, que opera como mecanismo de argumentación en el que tienen cabida el *fianus* y el *periculum*.³²¹ En fin, MENGOZZI ha afirmado, refiriéndose al significado de *Factortame*, que “[e]l fenómeno así ilustrado por el Tribunal de Justicia, además de ser importante, pone de relieve caracteres de su concepción de la integración jurídica comunitaria que antes no se habían evidenciado con tanta concreción. Dicha integración, según el Tribunal, se realiza haciendo circular valores jurídicos en sentido bidireccional, desde los Derechos internos al comunitario y viceversa”.³²²

2.- Los primeros elementos de una tutela cautelar comunitaria: las exigencias del Tribunal de Justicia en *Zuckerfabrik*

Tras la sentencia *Factortame*, se planteó la cuestión de la suspensión de normas comunitarias por los jueces nacionales, en los supuestos en los que se dirimía la compatibilidad de una norma de Derecho comunitario derivado con otra de Derecho comunitario originario. Se trataba de los asuntos *Zuckerfabrik*³²³ y *Atlanta*.³²⁴

Zuckerfabrik son en realidad dos asuntos acumulados llegados al Tribunal de Justicia en los años 88 y 89. Las demandantes, *Zuckerfabrik Sünderdithmarschen* y *Zuckerfabrik Soest*, eran empresas que comerciaban con azúcar y que se habían visto

³²¹ Al respecto me remito a lo expuesto en el capítulo 9.

³²² P. MENGOZZI, *Derecho comunitario y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 310.

³²³ Sentencia de 21 de febrero de 1991, as. ac. C-143/88 y C-92/89, *Zuckerfabrik Sünderdithmarschen* y *Zuckerfabrik Soest*, Rec. 1991, p. I-534.

³²⁴ As. C-465/93, de 9 de noviembre de 1995, *Atlanta Frucht-handels-gesellschaft m.b.H. (I) v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Rec. 1995, p. 3761.

obligadas a pagar una cuota denominada "de reabsorción" en virtud de la aplicación del reglamento comunitario 1914/87 del Consejo, de 2 de julio de 1987, *sobre instauración de una cuota de reabsorción especial en el sector del azúcar por la campaña de comercialización 1986/87*. Este reglamento especial se adoptó para compensar las pérdidas sufridas por la Comunidad en campañas anteriores, debido a los pagos realizados para que los excedentes de azúcar pudieran ser vendidos a terceros países. El 19 de octubre de 1987 la autoridad aduanera (*Hauptzollamt*) de Itzehoe, en Alemania, exigió a la empresa *Zuckerfabrik Sünderdühmarschen* el pago de la cuota. La empresa azucarera interpuso recurso administrativo contra el acto del organismo que exigía el pago. Dicho recurso fue rechazado y, a continuación, la empresa acudió al Tribunal Fiscal³²⁵ de Hamburgo solicitando la anulación del mencionado acto, así como su suspensión.³²⁶ Un día más tarde, el 20 de octubre de 1987, la autoridad aduanera de Paderborn, también en Alemania, exigió a la empresa *Zuckerfabrik Soest* el pago de la conocida cuota de reabsorción. Del mismo modo que en el caso anterior, se interpuso recurso administrativo, que fue rechazado y, posteriormente, se solicitó ante el Tribunal Fiscal de Düsseldorf la anulación del acto administrativo, así como la suspensión del mismo, en tanto su adecuación a Derecho fuera verificada.

El Tribunal Fiscal de Hamburgo (en fecha de 31 de marzo de 1988) y el Tribunal Fiscal de Düsseldorf (19 de octubre de 1988) elevaron sendas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades y, debido a su conexión, fueron acumuladas para ser respondidas de modo conjunto. Ambos Tribunales planteaban la

³²⁵ En el sistema alemán existen cinco jurisdicciones, entre las que se encuentra la jurisdicción fiscal, estructurada en dos instancias (a diferencia de la administrativa, en que existen tres) y cuyo órgano supremo, el *Finanzhof*, tiene sede en Munich. La jurisdicción fiscal presenta interés en la medida en que dirime controversias que en los otros dos ordenamientos jurídicos objeto de la comparación, el francés y el español, son competencia de los órganos de lo contencioso-administrativo.

³²⁶ En materia tributaria no rige la regla de la suspensión automática, característica del contencioso alemán.

adecuación del reglamento en conflicto con diversas disposiciones del Derecho comunitario.

Además, el Tribunal de Hamburgo planteaba la adecuación al Derecho comunitario de la suspensión de los actos administrativos adoptados sobre la base de un reglamento comunitario cuya validez ha de ser estudiada por el Tribunal de Justicia. En concreto, dado que el artículo 189 TCE (hoy art. 249), apartado 2 confiere aplicabilidad directa a los reglamentos comunitarios, ¿permite la aplicabilidad directa la suspensión de un acto adoptado en desarrollo de dichos reglamentos? Si la respuesta a esta pregunta era afirmativa, es decir, si ambas instituciones eran compatibles, el Tribunal de Hamburgo solicitaba del Tribunal de Justicia la determinación de los criterios de adopción de las medidas cautelares por parte de los jueces nacionales, a no ser que el Tribunal considerara que la determinación de dichos criterios era competencia de los jueces nacionales. Se ha de indicar, en fin, que en la espera de la respuesta del Tribunal de Justicia, tanto el Tribunal Fiscal de Hamburgo como el de Düsseldorf habían suspendido el acto en cuestión, esto es, las órdenes de pago.

La primera de las cuestiones prejudiciales, la del Tribunal de Hamburgo, fue registrada en Luxemburgo el 20 de mayo de 1988, dos días después del registro de la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Factortame* por la Cámara de los Lores inglesa preguntando sobre los poderes de los jueces nacionales para adoptar medidas cautelares. Se ha de indicar, además, que el Tribunal de Justicia estaba compuesto por los mismos jueces que habían decidido el asunto *Factortame*, de manera que no sería rechazable que dichos jueces hubieran concebido ambos casos conjuntamente desde un punto de vista teórico que justifique la parquedad del Tribunal en *Factortame* y el mayor desarrollo en *Zuckerfabrik*.³²⁷

³²⁷ La opción del Tribunal puede entenderse, quizás, desde un punto de vista político. El Reino Unido se había mostrado contrario en sus alegaciones al establecimiento de un sistema de medidas cautelares con unas condiciones de adopción obligatorias para los Estados. Teniendo en cuenta este dato, así como el modelo bilateral y horizontal que presidía las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales en esa época, es probable que el Tribunal hubiera preferido no enfrentarse directamente con

El Abogado General en *Zuckerfabrik*, LENZ, se centra casi exclusivamente en la pregunta relativa a la validez del reglamento. Con respecto a las medidas cautelares, sólo desarrolla la cuestión relativa a la obligación de reenvío prejudicial que se plantea al juez nacional en los supuestos de suspensión de los efectos de una norma comunitaria. Para ello, contrasta dos sentencias del Tribunal contradictorias entre sí, *Foto-Frost* y *Hoffmann-La Roche*³²⁸, para concluir que existe efectivamente esa obligación de reenvío, similar a los reenvíos existentes ante algunos Tribunales Constitucionales y que constituye el corolario del derecho de control sobre los jueces.³²⁹ De las modalidades de adopción de la suspensión de actos administrativos, el Abogado General afirma lacónicamente que “la jurisdicción nacional está vinculada por el Derecho comunitario”.

El Tribunal, en primer lugar, acomete la tarea de analizar la facultad del juez nacional para suspender cautelarmente la efectividad de un reglamento comunitario ordenando la no ejecución de un acto administrativo que lo desarrolla. En este caso el Tribunal no acude a la doctrina *Simmmenthal*, sino que se apoya en otra sentencia, ya mencionada, la sentencia *Foto-Frost*³³⁰. Según esta sentencia, el art. 189, apart. 2 TCE (hoy 249), que establece la obligatoriedad y directa aplicabilidad de los reglamentos comunitarios, no impide la tutela judicial, que se garantiza mediante la existencia de recursos para impugnar los actos de aplicación de los reglamentos ante el juez nacional. Si al juez nacional le surgen dudas sobre la legalidad de dicho reglamento, puede elevar la correspondiente cuestión prejudicial. El Tribunal alude a la función de las cuestiones prejudiciales e indica que, como el recurso de anulación, la cuestión prejudicial es un

un Estado caracterizado por una postura euroescéptica y esperar a un siguiente pronunciamiento para, una vez establecida una línea de principio en *Factortame*, establecer en *Zuckerfabrik* un régimen más detallado.

³²⁸ Sentencia de 24 de mayo de 1977, as. 107/76, *Hoffmann-La Roche AG contre Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, Rec. 1977, p. 957.

³²⁹ V. párr. 74 de las conclusiones.

³³⁰ As. 314/85, cit.

medio de control de la legalidad comunitaria. Por esta razón, y dado que ambos institutos procesales son funcionalmente idénticos, si en el recurso de anulación se permite la suspensión del acto impugnado en virtud del art. 185 TCE (hoy art. 243), por motivos de coherencia, sostiene el Tribunal, es lógico que también en el contexto de las cuestiones prejudiciales el juez nacional pueda suspender el acto impugnado.³³¹

Por último, el Tribunal alude a la sentencia *Factortame*, dictada pocos meses antes, para indicar que la efectividad del sistema de cuestiones prejudiciales lleva a la misma conclusión. El sistema devendría ineficaz si el Tribunal de Justicia resolviera una cuestión cuyo objeto ya ha perecido debido a que ha tenido lugar el daño irreparable a que se refiere el tradicional criterio de adopción de las medidas cautelares.

A continuación, el Tribunal establece una serie de condiciones para evitar que un uso excesivo de la suspensión ponga en peligro la uniformidad del Derecho comunitario. La primera de estas exigencias es el convencimiento, por parte del juez nacional, de la existencia de serias dudas sobre la validez del reglamento comunitario en que se basa el acto administrativo impugnado.³³² Única y exclusivamente la hipótesis de una declaración de invalidez por parte del Tribunal de Justicia puede justificar dichas dudas. Se ha de destacar que ésta precisamente fue la propuesta del Abogado General Tesauro en el asunto *Factortame* (párr. 33) para integrar el contenido del criterio del *fumus boni iuris*. El criterio de las serias dudas, a pesar de gozar de gran tradición en las medidas cautelares de algunos ordenamientos internos, es un concepto jurídico indeterminado que la práctica judicial en el ámbito comunitario deberá concretar. Porque, como se preguntan algunos autores, ¿cuál es el grado de convencimiento del juez nacional con respecto al carácter esencial del caso que se ha de resolver?³³³ ¿Tiene

³³¹ Cfr. párr. 18 de la sentencia.

³³² Párr. 23.

³³³ E. SHARPSTON, *Interim Relief in the National Courts*, en J. LONBAY/A. BIONDI (eds.), "Remedies for Breach of EC Law", Wiley, Chichester, 1997, p. 52.

la expresión “*posibilidad de una declaración de invalidez reservada al Tribunal*” un sentido evidente sin necesidad de interpretación o adaptación a las circunstancias de los casos concretos?

El segundo de los requisitos es el carácter efectivamente provisional de la medida adoptada³³⁴, circunstancia que requiere que el juez nacional eleve la cuestión al Tribunal de Justicia a fin de que éste se pronuncie sobre la validez del reglamento comunitario en que se basa el acto administrativo impugnado.³³⁵ La provisionalidad ha sido considerada tradicionalmente en los ordenamientos internos como una característica definitoria de la naturaleza de las medidas cautelares, pero no como una condición de adopción de las mismas. Del propio nombre de la institución se deduce dicha provisionalidad, de manera que su vinculación con las condiciones de adopción de las medidas ha de obedecer a la intención de poner el acento en algún supuesto concreto. En este caso, el celo del Tribunal venía constituido por la necesidad de preservar la unidad de interpretación y de aplicación del Derecho comunitario, para lo cual se establece la obligación de plantear la cuestión prejudicial en las circunstancias señaladas.³³⁶

Además, la provisionalidad se ha vinculado tradicionalmente en la teoría de las medidas cautelares a la prohibición de prejuzgar el fondo del asunto, prohibición con la que se trata de evitar que estos instrumentos procesales consoliden situaciones jurídicas sin haber sido sometidas a los trámites procedimentales pertinentes. Entendiendo la provisionalidad de esta manera se evitaría que los jueces nacionales prejuzgaran de forma irrevocable el asunto cuya consulta están sometiendo al Tribunal de Justicia.

³³⁴ Párr. 24.

³³⁵ Párr. 24.

³³⁶ La provisionalidad se concibe aquí como una provisionalidad funcional y no como una provisionalidad temporal. Cfr. al respecto el capítulo 2.

Tras las serias dudas sobre la legalidad de la norma comunitaria y la provisionalidad de la medida cautelar, el Tribunal se plantea la posible existencia de otras condiciones de adopción que hayan de ser impuestas a los jueces nacionales. Dichas condiciones, constata el alto órgano jurisdiccional, se encuentran de ordinario reguladas por el Derecho nacional y el Tribunal podría remitirse directamente a las mismas, pero con ello se podría generar una heterogeneidad no deseable para el desarrollo del Derecho comunitario. Por esta razón, y debido además a la coherencia que ha de existir entre los dos sistemas de control de legalidad - el del recurso de anulación y el de la cuestión prejudicial -, conviene que las medidas cautelares adoptadas en este último contexto obedezcan a parámetros equiparables a las medidas adoptadas en el recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia.

Los criterios tradicionalmente existentes en los ordenamientos nacionales son, reitero, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Habiendo hecho ya mención de la apariencia de buen derecho en el primero de sus argumentos, el Tribunal considera que también ha de estar presente el segundo elemento del binomio, la urgencia³³⁷. La sentencia ofrece de la misma una definición precisa: la suspensión puede ser adoptada para evitar que la parte que las solicita sufra un "perjuicio grave e irreparable" y, a continuación, precisa cuáles han de ser las características de este perjuicio: ha de acaecer antes del pronunciamiento de la sentencia de fondo y no ha de poseer, en principio naturaleza pecuniaria, exigencia que en el ámbito de la Comunidad Europea, antes Económica, podría reducir en mucho la aplicación de esta doctrina.

La urgencia habrá de ser apreciada en cada caso concreto y el juez se verá obligado a ponderar las consecuencias de la suspensión para la ejecución del acto en cuestión con las consecuencias para la situación jurídica del demandante, prestando especial atención a la irreversibilidad de los daños que la ejecución del acto pudiera

³³⁷ Sobre las diferentes acepciones de la urgencia, vid. capítulo 7.

acarrear. Esta formulación coincide con la elaborada en algunos Estados Miembros, señaladamente por la jurisprudencia de sus más altos Tribunales,³³⁸ y remite a la idea común de la ponderación de intereses, expresión que sin embargo presenta una pluralidad de significados que no deben confundirse entre sí.

La última de las exigencias que el Tribunal dirige a los jueces nacionales es la debida toma en consideración del interés de la Comunidad, velando por el efecto útil de sus disposiciones.³³⁹ Esta condición existe también en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, que incorporan una suerte de cláusula de salvaguarda del interés público, de aplicación en la última fase del razonamiento del incidente cautelar y que vendría a ser la última oportunidad de salvación de la ejecución del acto administrativo. Si bien esta cuestión será debatida en páginas posteriores, se ha de indicar ya que en principio parece existir una desigualdad de armas, en la medida en que los intereses de una de las partes, la Administración, serán tenidos en consideración dos veces: en primer lugar, en la apreciación de la urgencia. Y en segundo lugar, en la cláusula de salvaguarda del interés público. Habrá de estudiarse si en efecto esto es así o si nos encontramos frente a criterios de diversa naturaleza.

³³⁸ Así, y a título de ejemplo, el Tribunal Supremo español viene aplicando tradicionalmente una regla que constituye ya jurisprudencia consolidada: *"Cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Por el contrario, cuando aquellas exigencias sean de gran intensidad, los perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión"*. En Alemania los Tribunales utilizan la denominada fórmula *"Cuanto más-entonces"* (*Je-desto-Formel*), según la cual *"la pretensión de tutela cautelar es mayor cuanto más graves sean los daños para el demandante y cuanto de forma más evidente la ejecución del acto administrativo pueda conducir al acaecimiento de daños más graves e irreparables. Si las consecuencias son graves e irreparables, sólo un importantísimo interés público puede justificar la ejecución inmediata"*. Apud Th. WÜRTENBERGER, *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 1998, p. 236. En Francia la adopción de este tipo de fórmulas es más reciente, tal y como se detalla por extenso en el capítulo 9.

³³⁹ El juez nacional ha de valorar en cada caso si el interés de la Comunidad requiere la constitución de garantía suficiente por parte del demandante de medidas cautelares. Cfr. párr. 32.

3.- Las medidas cautelares positivas: la sentencia Atlanta

En la sentencia *Atlanta*³⁴⁰ el Tribunal de Justicia, con una composición diferente a la de los dos asuntos anteriores, tuvo la oportunidad de profundizar en su doctrina sobre las medidas cautelares. El conflicto se planteó entre la empresa *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* junto a otras diecisiete sociedades pertenecientes al grupo *Atlanta*, importadoras todas ellas de plátanos de terceros países, frente a la Oficina Federal alemana para la alimentación y la silvicultura (*Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*), de ahora en adelante el *Bundesamt*.

El origen de la controversia fue un reglamento (CEE) del Consejo, nº 404/93, de 13 de febrero de 1993, *por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano*, que establecía un régimen común de importación de plátanos en sustitución de los regímenes nacionales existentes hasta entonces, y que tendría efectos a partir del 1 de julio de 1993. El mencionado reglamento incorporaba una serie de restricciones a la importación de plátanos procedentes de terceros países o países no pertenecientes al área ACP³⁴¹ y establecía un reparto de contingentes entre diversas clases de empresas que operaban en el mercado del plátano.

Las empresas demandantes estimaron que los contingentes provisionales de importación que les habían sido atribuidos para el periodo comprendido entre el 1 de julio de 1993 y el 30 de septiembre del mismo año limitaban sus posibilidades de importación de plátanos de terceros países. Por esta razón, interpusieron un recurso administrativo ante el *Bundesamt*, que rechazó sus pretensiones. A continuación, las empresas solicitaron al Tribunal Administrativo de primera instancia (*Verwaltungsgericht*)

³⁴⁰ As. C-465/93, cit.

³⁴¹ Como es sabido, estas siglas hacen referencia al área geográfica denominada “Asia, Caribe, Pacífico”.

de Frankfurt am Main la anulación de la decisión del *Bundesamt*, así como la suspensión de la misma. El Tribunal de Frankfurt, según lo solicitado, procedió a suspender el acto del *Bundesamt*, suspendiendo de esta manera la aplicación del reglamento comunitario, y elevó la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, para que éste se manifestara sobre la validez del mismo.

Además de lo anterior, las demandantes solicitaban la adopción de medidas cautelares positivas consistentes en la expedición de certificados suplementarios de importación de plátanos de terceros países para el segundo trimestre de 1993, en cantidad mayor a la concedida inicialmente, hasta que el Tribunal de Justicia se manifestara sobre la validez de la norma comunitaria. Ante esta pretensión, el Tribunal de Frankfurt planteó una segunda cuestión al Tribunal de Justicia: ¿puede un juez nacional adoptar medidas cautelares sobre un acto administrativo nacional basado en un reglamento comunitario cuya validez ha sido sometida a escrutinio del Tribunal de Justicia, si estas medidas configuran o regulan provisionalmente las situaciones o las relaciones jurídicas controvertidas? Ante la eventualidad de una respuesta positiva, el Tribunal Administrativo de primera instancia solicitaba al Tribunal de Justicia que determinara los criterios de adopción de dichas medidas, inquirendo asimismo sobre la equivalencia entre las medidas cautelares destinadas a consolidar una situación jurídica ya existente y las medidas cautelares destinadas a constituir una nueva situación jurídica.

El Tribunal de Frankfurt planteó ambas cuestiones prejudiciales mediante auto, auto en el que procedió, además, a adoptar medidas cautelares positivas consistentes en ordenar al *Bundesamt* la expedición de certificados suplementarios de importación. Dichos certificados estaban sujetos a unas determinadas condiciones que garantizaran la indemnización de los eventuales perjuicios que pudiera acarrear la desestimación de la pretensión de fondo.³⁴²

³⁴² V. párr. 14 de la sentencia.

El *Verwaltungsgericht* recordó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en *Zuckerfabrik* y la exigencia de coherencia establecida en la misma. La misma coherencia, entendía el juez alemán, debía regir en el presente caso y, en concreto, resultaría de aplicación *mutatis mutandis* el art. 186 TCE (hoy art. 243), que prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas en el desarrollo procedimental de un recurso de anulación. De no admitirse la aplicación de este instrumento procesal en el tiempo que habría de transcurrir para responder a la cuestión prejudicial, continuaba el juez, se plantearían problemas de constitucionalidad en el ordenamiento alemán, debido a que supondría una vulneración del art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, que consagra, entre otros derechos, la tutela judicial efectiva.

Se ha de añadir que antes del planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal de Frankfurt, el Tribunal de Justicia, en el contexto de un recurso que enfrentaba a Alemania y al Consejo por el mismo motivo que en *Atlanta*, había denegado la posibilidad de adoptar medidas similares a las demandadas en el presente caso. En concreto, Alemania solicitaba la no aplicación del nuevo reglamento y la autorización para continuar rigiéndose por la normativa existente en 1992. Por último, antes de la decisión del caso *Atlanta*, el Tribunal había tenido también la oportunidad de desestimar el recurso frente al reglamento cuya presunta ilegalidad había motivado la demanda de medidas cautelares.³⁴³

La sentencia reitera lo sostenido en *Zuckerfabrik*, citando expresamente ciertos párrafos de dicha resolución. Señala que, en virtud de la coherencia que se predicaba entonces, se exige que la tutela judicial presente las mismas garantías tanto en los recursos directos frente al Tribunal como en los recursos ante los jueces nacionales en que se diriman cuestiones de Derecho comunitario. Por esta razón, y dado que en el recurso de anulación se permite la adopción de medidas cautelares positivas, éstas

³⁴³ Sentencia de 5 de octubre de 1994, *Alemania c. Consejo*, as. C-280/93, Rec. 1994, p. I-4973.

también se admiten ante las jurisdicciones estatales en los supuestos en los que se diriman controversias que afecten al Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, añade algo más. Frente a las alegaciones de los Gobiernos alemán y español, que sostenían que la admisión de este tipo de medidas perjudicaría la uniformidad del Derecho comunitario, el Tribunal sostiene que esto no ha de ser necesariamente así. Se habrá de analizar caso por caso, estudiar en qué grado el interés general de la ejecución del acto impide la adopción de dichas medidas o, al contrario, si los intereses del particular han de prevalecer en el caso concreto frente a un genérico interés de la Comunidad. El Tribunal de Justicia indica que la clave de bóveda de las medidas cautelares es, en consecuencia, la ponderación de intereses, criterio que encaja perfectamente con la jurisprudencia que el Tribunal elaborará en el segundo lustro de los años noventa, como más adelante se expondrá. No caben soluciones apriorísticas, la Administración y el ciudadano se encuentran en pie de igualdad, el interés general no se impone por sí mismo, sino que se requiere un análisis de todas las circunstancias para alcanzar la solución correcta.

El Tribunal respondió de este modo a la primera cuestión, la concerniente a la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas en el sentido enunciado por el *Verwaltungsgericht*. Restaba por determinar qué condiciones regirían la adopción de dichas medidas. De nuevo, el Tribunal se remite a *Zuckerfabrik*, precisando su jurisprudencia anterior en ciertos aspectos. Así, mantiene el criterio de las dudas serias sobre la validez del reglamento, criterio que se corresponde con el tradicional *fumus boni iuris*³⁴⁴, si bien indica que, además de plantear la correspondiente cuestión prejudicial

³⁴⁴ Se ha de hacer notar, sin embargo, que el significado del criterio del *fumus boni iuris* no es unívoco, tal y como se desarrolla en el capítulo 8. Esta es la razón probablemente por la que GARCÍA DE ENTERRÍA considera que las “serias dudas” de la jurisprudencia *Zuckerfabrik*, retomada en *Atlanta*, son un criterio diferente del *fumus boni iuris*, que estrictamente se identificaría con su versión más dulcificada. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las medidas cautelares que puede adoptar el juez nacional contra el Derecho comunitario: la sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991*, ahora en su libro “La batalla...”, cit., pp. 139ss.[pp. 148-149].

sobre la validez del reglamento, el juez nacional ha de mencionar las razones por las cuáles considera que dicho reglamento es inválido. En este sentido, continua el Tribunal, el juez nacional ha de tener en cuenta el margen de apreciación que la jurisprudencia de Luxemburgo confiere a las instituciones comunitarias. Esta circunstancia no había sido mencionada en *Zuckerfabrik* y, sin embargo, presenta interés, en la medida en que conecta con la cuestión de la discrecionalidad en el contexto comunitario.³⁴⁵ En efecto, de un lado se plantea el alcance del control que ejercen los jueces nacionales sobre los actos discrecionales de las instituciones comunitarias. De otro, la discrecionalidad no permite que se olviden las garantías de los justiciables frente a este tipo de actos, garantías entre las que se ha de incluir la posibilidad de adoptar medidas cautelares frente a los mismos.

A continuación, el Tribunal repite los requisitos de provisionalidad, urgencia y constitución de garantías suficientes para evitar perjuicios financieros a la Comunidad. Además reitera la función de modelo de sus propias resoluciones en materia de tutela cautelar y sostiene que el juez nacional ha de tener en cuenta las sentencias del Tribunal que ya se hayan manifestado sobre la norma comunitaria reputada ilegal.³⁴⁶

El aspecto concerniente a la toma en consideración del interés de la Comunidad también es traído a colación y posteriormente precisado. El interés de la Comunidad exige que el juez nacional considere el efecto cumulativo producido por una multitud de medidas cautelares adoptadas por una pluralidad de jueces nacionales frente a actos administrativos con origen en el Derecho comunitario. En concreto, se ha de determinar la situación específica de los operadores económicos afectados que justifique la adopción de medidas cautelares. Esta observación del Tribunal puede significar un cierto retroceso en su postura garantista manifestada en *Zuckerfabrik*, dado que la existencia de

³⁴⁵ Sobre esta cuestión v. en general D. RITLENG, *Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires*, AJDA 1999, pp. 645ss.

³⁴⁶ Esta exigencia presenta interés como criterio a tener en cuenta para la apreciación del *fumus*.

una multitud de recursos frente a actos basados en la misma norma comunitaria no puede justificar la no adopción de una medida cautelar en los supuestos en que resulte necesaria, conllevando con ello la mengua de la tutela judicial efectiva. Ante una supuesta ilegalidad no parece lógica la reducción de las garantías, sino que la duda planteada por un número creciente de jueces nacionales no haría sino incrementar los indicios de no adecuación a Derecho de la norma afectada. Puede entenderse que el Tribunal esté pensando en operadores económicos deseosos de ralentizar el proceso, razón por la cual solicitan que se inicie el incidente cautelar. Sin embargo, no parece adecuado que el denominado “efecto acumulativo” constituya *per se* un criterio utilizado para denegar de modo casi automático la medida cautelar solicitada.

Por último, el Tribunal realiza una serie de consideraciones referentes a los intereses que han de ser valorados en juicio, enlazando así con el criterio de la ponderación que ya había mencionado en los primeros fundamentos. Así, entiende que los intereses generales, especialmente los económicos y sociales, serán los defendidos por cada Estado Miembro. Aquí el Tribunal está desconociendo una realidad, cual es la existencia de una pluralidad de intereses generales que en cada ordenamiento jurídico no se encuentran defendidos por el Estado.³⁴⁷ La virtualidad del método de la ponderación de intereses disminuye, dado que el Tribunal está reduciendo *a priori* los intereses que han de ser valorados. El juicio de ponderación lo realizará el juez nacional entre el interés comunitario, el interés general nacional entendido de este modo y los intereses (importantes, añade el Tribunal) del particular. Todo ello se realizará no perdiendo de vista la situación específica de dicho particular, como ya se había

³⁴⁷ Al respecto me remito a lo expuesto en el capítulo 9. Valgan como referencias, por el momento, las siguientes: M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1970; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1981; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bolonia, 1986 [traducción al castellano con el título *El poder público: Estados y Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1991], especialmente pp. 10-11; P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Athenäum Verlag, Bad Homburg, 1970; A. NIETO, *La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo*, RAP 76 (1975), pp. 9ss. [pp. 25-26].

mentado más arriba, y el sector económico concreto en que se desarrolle el conflicto, que puede requerir que la balanza se incline hacia uno u otro lado.

4.- Un freno a los poderes de los jueces nacionales: la sentencia T. Port

Un año más tarde de la sentencia *Atlanta*, el 26 de noviembre de 1996, en el asunto *T. Port*³⁴⁸, el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse una vez más sobre la tutela cautelar conferida por los jueces nacionales en los supuestos de aplicación del Derecho comunitario. El contexto de Derecho material es idéntico al de *Atlanta*: el reglamento (CEE) n° 404/93, del Consejo, de 13 de febrero de 1993, *por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano* (DO L 47, p. 1), si bien los artículos respecto de los cuales se plantea la ilegalidad difieren del caso resuelto un año antes.

La empresa T. Port, con sede en Alemania, comercializaba con plátanos no comunitarios ni pertenecientes a los países ACP, sino procedentes de países terceros en el sentido indicado por el reglamento mencionado. Dicho reglamento estableció unos contingentes a la importación, que se calcularían en función de las cantidades comercializadas por las empresas concernidas en un periodo concreto, el comprendido entre 1989 y 1991. Este modo de cálculo perjudicaba a T. Port, toda vez que dicho periodo había sido especialmente crítico para la empresa, por una serie de circunstancias que se detallan en la sentencia. En este sentido, se alegaba, el supuesto constituía un “caso de rigor” que como tal habría de ser declarado por la Comisión, estableciendo las medidas que al efecto se estimaran oportunas.

³⁴⁸ Sentencia de 26 de noviembre de 1996, *T. Port GmbH & Co. KG contra Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, as. 68/95, Rec. 1996, p. I-6065. Es una sentencia que ha recibido mucha menos atención doctrinal que sus predecesoras y su análisis es prácticamente un monopolio de los autores alemanes. Cfr. para una primera aproximación A. ALBORS-LLORENS, CMLR 1998, pp. 227ss.; M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., pp. 82ss.; P. FOUBERT, *The Columbia Journal of European Law*, 1997, pp. 125ss.; CH. OHLER/ W. WEISS, *Neue juristische Wochenschrift*, 1997, pp. 2221ss.; S. PEERS, *European Law Review*, 1998 p. 146ss.; M.I. ROFES I PUJOL, *Poder Judicial*, 45 (1997), pp. 576ss.

El organismo nacional competente en Alemania para conceder los certificados de importación de plátanos era la Oficina Federal de Agricultura y Alimentación (*Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*), en adelante “el Bundesanstalt”. Concedidos a T. Port los certificados correspondientes en función de los requisitos previstos en el reglamento, la empresa solicitó certificados suplementarios alegando la existencia de un caso de rigor, justificado por la amenaza de una situación de quiebra si no se obtenían los certificados. Denegados los mismos, T. Port recurrió ante el Tribunal Contencioso-administrativo de Primera Instancia, el *Verwaltungsgericht* de Frankfurt am Main, solicitando asimismo la adopción de medidas cautelares. El Tribunal desestimó la pretensión cautelar, desestimación que fue objeto de recurso de apelación ante el Tribunal Contencioso-administrativo Superior de Hessen, quien la confirmó. Interpuesto un nuevo recurso ante el Tribunal de Frankfurt solicitando medidas cautelares, y habiendo confirmado el Tribunal de Hessen por segunda vez la desestimación en la instancia de dichas medidas, éste último hubo de terminar acordando la adopción de las mismas a raíz de una resolución del Tribunal Constitucional alemán. En efecto, el Tribunal Constitucional anuló esta segunda sentencia del Tribunal de Hessen por entender que no había examinado adecuadamente el riesgo de quiebra que amenazaba a T. Port en función de su consideración como “caso de rigor excesivo”.

El Tribunal de Hessen adoptó una nueva resolución el 9 de febrero de 1995 en la que ordenaba al Bundesanstalt la concesión de certificados de importación adicionales, estableciendo como condición que, de no vencer en el proceso principal, la empresa se vería obligada a imputar los contingentes adicionales a los que hubieran de otorgarse mediante el procedimiento ordinario en años sucesivos. En el mismo auto el Tribunal planteó una triple cuestión prejudicial. Los dos primeros apartados aludían a la validez de artículos concretos del reglamento, mientras que el tercer apartado, que a instancias del Tribunal de Justicia el alemán se vio obligado a precisar en relación con el

caso concreto, hacía referencia a la facultad de los jueces nacionales para adoptar medidas cautelares en tanto una institución comunitaria no adoptara una norma para regular los casos de rigor excesivo como el que caracterizaba a T. Port.³⁴⁹

La argumentación del Tribunal de Justicia se centra en el monopolio de la acción por omisión de que goza el propio Tribunal.³⁵⁰ Así, dado que “*el control de la omisión corresponde a la competencia exclusiva de la jurisdicción comunitaria*”³⁵¹, quien pretenda que dicha omisión se constate ha de dirigirse al Tribunal de Justicia o al Tribunal de Primera Instancia, en su caso.³⁵² En el contexto de dicho recurso ambos Tribunales, atendiendo a las pretensiones de las partes, podrán adoptar las medidas cautelares que estimen oportunas, pero “*el Tratado no autoriza a los órganos jurisdiccionales nacionales a ordenar medidas provisionales en el marco de un procedimiento dirigido a otorgar una protección cautelar, mediante*

³⁴⁹ Sobre esta tercera cuestión planteada por el Tribunal, así como sobre su corrección posterior a instancias del Tribunal de Luxemburgo, vid. párrs. 23-25.

³⁵⁰ La acción por omisión o recurso por inactividad frente a las instituciones comunitarias se contempla, como es sabido, en el art. 232 TCE (ex -art. 175) y para su explicación me remito a C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Civitas, 1993. Los modelos de esta acción pudieran ser la institución del silencio administrativo francesa, técnica importada con matices en España, y el recurso alemán frente a la inactividad de la Administración (*Untätigkeitsklage*). A pesar de que el Derecho comunitario no ha optado explícitamente por ninguna de estas dos opciones, el Tribunal de Justicia parece haberse mostrado favorable a la recepción del modelo francés (cfr. sentencia de 18 de noviembre de 1970, Chevalley/Comisión, as. 15/70, Rec. 1970, p. 975), en la medida en que no considera que la acción por inactividad sea un supuesto autónomo como en el sistema alemán, sino antes bien un aspecto más del recurso de anulación. De hecho, los efectos de la sentencia son los propios de la anulación, efecto declarativo, y no de condena de hacer, como es el caso en el Derecho alemán. Véase al respecto E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos*, en AA.VV., “Tratado de Derecho comunitario Europeo”, Civitas, Madrid, 1986, tomo I, pp. 656ss. [p. 687]. Esta apreciación presenta interés para la tutela cautelar, toda vez que existe una cierta asimetría entre las facultades del juez cautelar y el de fondo en los recursos por inactividad. Así, mientras el juez de fondo sólo puede declarar el incumplimiento de una determinada obligación, el juez cautelar puede adoptar las medidas cautelares que estime oportunas, incluyendo las de condena de hacer, excediendo por tanto los límites de lo que puede ser eventualmente concedido en una sentencia de fondo. Esta disparidad de facultades ha sido señalada críticamente por la doctrina. Cfr. C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, cit., pp. 112-113. Se trata de una jurisprudencia consolidada que se inicia con el auto de 21 de mayo de 1977, *Comisión/Reino Unido*, asac. 31/77 R y 53/77 R, Rec. 1977, p. 921.

³⁵¹ Cfr. párr. 53 de la sentencia.

³⁵² Cfr. párr. 54.

procedimiento de medidas provisionales, hasta que la Comisión haya adoptado un acto jurídico para regular, conforme al artículo 30 del Reglamento, los casos de rigor a los que deben enfrentarse los operadores". El Tribunal de Justicia ha ofrecido una respuesta concreta a la cuestión planteada por el Tribunal alemán, pero con carácter general elimina la posibilidad de que los jueces nacionales adopten medidas cautelares destinadas a paliar los efectos negativos del tiempo en el proceso referido a los recursos por inactividad.

La sentencia *T. Port* supone un freno a la tendencia garantista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia cautelar y, por esta razón, ha sufrido numerosas críticas, en especial en la doctrina alemana.³⁵³ En efecto, no deja de sorprender que tras haber puesto de manifiesto la unidad procesal de los recursos de anulación y de inactividad³⁵⁴, y toda vez que la argumentación del Tribunal en las sentencias *Zuckerfabrik* y *Atlanta* se centraba en la garantía de la efectividad de dicho recurso de anulación y de las cuestiones prejudiciales, el Tribunal aluda a las características del recurso por inactividad para rechazar la competencia de los jueces nacionales para adoptar medidas cautelares en el sentido indicado.

En *Zuckerfabrik* y *Atlanta* el Tribunal estimó que el recurso de anulación, al igual que la cuestión prejudicial, es un medio de control de la legalidad comunitaria. En principio no habría razón para excluir al recurso por inactividad de esta concepción

³⁵³ Cfr. al respecto M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., pp. 84-85. Además, sobre la reducción de la protección cautelar en Alemania a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, v. F. SCHOCH, *Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes*, DVBl, 1997, pp. 289ss.; más recientemente, y con carácter más general, v. del mismo autor *Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrechts*, en E. SCHMIDT-ARMANN/ W. HOFFMANN-RIEM (dirs.), "Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts", Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 39ss.; K.-P. SOMMERMAN, *Der vorläufiger Rechtsschutz zwischen europäischer Anpassung und staatlicher Verschärfung - Zur Zukunft des Grundsatzes der aufschiebenden Wirkung*, en K. GRUPP/ M. RONELLENFITSCH (dirs.), "Festschrift für Willi Blumel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999", Berlín, 1998, pp. 523ss.; R. STREINZ, cit., pp. 346ss. En fin, se ha de indicar que SCHMITT GLAESER se ha referido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre tutela cautelar como una jurisprudencia que suscita extraordinarias dudas desde el punto de vista de la competencia jurídica para elaborarla. Cfr. W. SCHMITT GLAESER/H.-D. HORN, cit., p. 162.

³⁵⁴ Cfr. párr. 59 de la sentencia, donde el Tribunal se remite a la sentencia *Chevalley/Comisión*, ya citada.

global del control. Si en el recurso de anulación, continuaba el Tribunal, cabe la posibilidad de adoptar medidas cautelares, dada la identidad funcional con las cuestiones prejudiciales, también el juez nacional podrá adoptar dichas medidas en los supuestos en que esté esperando la respuesta a una de ellas. En fin, la efectividad del sistema de cuestiones prejudiciales devendría ineficaz si el Tribunal resuelve una cuestión cuyo objeto ya ha perecido, razonamiento que termina de confirmar la competencia de los jueces nacionales para adoptar medidas cautelares.

Dado que no consta ninguna objeción para transplantar el anterior *iter* argumentativo asunto *T. Port*, el escollo se encuentra en otro ámbito, cual es el del planteamiento de la cuestión prejudicial. El Tribunal no profundiza en estos pormenores, pero sin embargo es el núcleo de su decisión. Insiste en el mecanismo procesal para obtener una declaración de inactividad de las instituciones comunitarias³⁵⁵, deteniéndose en la posibilidad de que el propio Tribunal de Justicia adopte las medidas cautelares que estime oportunas.

Ello no obstante, no se plantea la posibilidad de una cuestión prejudicial vinculada a una omisión jurídicamente relevante de una institución comunitaria, posibilidad que, por otra parte, no es un supuesto de laboratorio, sino que es precisamente el objeto de conocimiento del Tribunal en la sentencia *T. Port*.³⁵⁶ En efecto, en *T. Port* la interposición del recurso de inactividad dependía de la previa constatación por parte del Tribunal de la obligación jurídica de la Comisión consistente en regular los denominados “casos de rigor excesivos”. La unidad que se predica del sistema de control de la legalidad comunidad, así como la propia afirmación del Tribunal, según la cual “*la posibilidad que tienen los particulares de hacer valer sus derechos no*

³⁵⁵ Cfr. párrs. 58ss.

³⁵⁶ Ello no le impide al Tribunal afirmar que “*la posibilidad que tienen los particulares de hacer valer sus derechos no puede depender de la acción o la inacción de la institución de que se trate*”. Cfr. párr. 59 *in fine* de la sentencia.

puede depender de la acción o la inacción de la Institución de que se trate”, justifican que la tutela jurisdiccional de los particulares (la otra cara, por tanto, del control de la legalidad), incluida la tutela cautelar, haya de ser concebida atendiendo a dicha unidad.

En este sentido, la preservación del objeto del pleito exige que se mantengan las medidas cautelares hasta la declaración de invalidez de la norma comunitaria, o hasta la declaración de ilegalidad de la actividad de la institución comunitaria, cuando ello resulte el corolario necesario de la declaración primera. De la misma manera que en Derecho español existen supuestos de medidas cautelares en vía administrativa con efectos incluso antes de la interposición del recurso, en aras a garantizar la tutela judicial efectiva – como es el caso notorio de las sanciones –, la lógica y la coherencia procesales y iusfundamentales del sistema de tutela de derechos comunitarios entiendo exige que el juez nacional pueda adoptar medidas cautelares en los supuestos en que conozca de una cuestión que eventualmente pueda ser sometida al Tribunal de Justicia para su evaluación. Sólo en el momento en que dicho Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la idoneidad o no de las medidas cautelares solicitadas por las partes, el juez nacional dejará de actuar, bien porque el Tribunal haya “asumido” las medidas adoptadas por el mismo, bien porque, realizado el examen pertinente, considere que la preservación del objeto del pleito y la efectividad de la sentencia no justifican la adopción de dichas medidas.

5.- El asunto Krüger: equilibrio y tutela cautelar

En el asunto *Krüger*³⁵⁷ se trataba de analizar la validez del reglamento (CEE) nº 804/68, del Consejo, de 27 de junio de 1968, *por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos*. Este reglamento concedía

³⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 1997, *Krüger GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, as. C-334/95, Rec 1997, p. I-4517.

restituciones a la exportación (cuyo fin fuera la comercialización de excedentes de leche en la Comunidad) exclusivamente a los compuestos de café y leche, excluyendo las preparaciones a base de extractos de café. La empresa *Kniger* estimaba que por esta razón, y en virtud del principio de no discriminación, dicho reglamento no era válido.

En la sentencia el Tribunal acepta que ambos productos, el café y las preparaciones a base de extractos de café, son equiparables a efectos del reglamento y, por ello, la norma no debe ser interpretada literalmente, sino siguiendo un criterio teleológico.³⁵⁸ El Tribunal decide en pocas líneas, y sin pronunciarse directamente sobre la cuestión de la no discriminación, que el reglamento es válido. No obstante, la sentencia continúa, dado que el juez nacional había interrogado a Luxemburgo sobre algunos aspectos procedimentales concernientes a la tutela cautelar. El Tribunal Fiscal (*Finanzgericht*) de Hamburgo se preguntaba sobre la conformidad con el Derecho comunitario de la interposición de un recurso contra el auto de medidas cautelares adoptado por el juez que planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal aprovecha para repetir su doctrina sobre la tutela cautelar, dulcificando, según algunos autores³⁵⁹, el modelo establecido en sus decisiones precedentes, dado que concede al juez nacional más libertad en la apreciación de las circunstancias que determinan la invalidez de un reglamento.³⁶⁰ Por otro lado, rechaza uno de los argumentos de la Comisión, que exigía que la institución comunitaria autora del acto fuera escuchada en el proceso. El Tribunal considera que se ha de respetar la autonomía procedimental de los Estados Miembros, que deciden "*conforme a sus normas*

³⁵⁸ Cfr. párr. 31 de la sentencia: "En estas circunstancias, no puede interpretarse literalmente la designación «ex 2101 10 Preparados a base de café», que figura en el Anexo del Reglamento n° 804/68, en el sentido de que sólo engloba los preparados a base de café, sino que, por el contrario, debe entenderse que contempla todos los preparados realizados a partir de productos de café que contengan productos lácteos".

³⁵⁹ R. MEDHI, *Journal de droit international*, 1998, pp. 484ss.

³⁶⁰ Cfr. párrs. 43 ss. de la sentencia.

*de procedimiento cuál es la forma más apropiada de obtener todas las informaciones útiles sobre el acto administrativo en cuestión".*³⁶¹

Por último, el Tribunal responde a la cuestión del juez nacional y concluye que la interposición de un recurso contra el auto de medidas cautelares es perfectamente posible. La confirmación de la decisión por el juez de apelación no sería más que la continuación de la situación preexistente y si, en cambio, el juez decide revocar las medidas adoptadas, entonces *"el procedimiento prejudicial quedaría sin objeto y el Derecho comunitario reencuentra su plena aplicación"*, continúa el Tribunal.³⁶²

Una opinión reticente en este aspecto la presenta MEDHI, quien considera que no siempre es claro que un recurso contra el auto de medidas cautelares haya de comportar consecuencias neutras o positivas para la aplicación del Derecho comunitario. De un lado, el juez de apelación puede confirmar las medidas cautelares o modificarlas y, en este último caso, quizás ello sea en detrimento del Derecho comunitario. De otro lado, entiende MEDHI, no es evidente que la respuesta del Tribunal en lo relativo a la adopción de las medidas en la instancia deba tener un efecto de interpretación obligatoria incluso para un órgano que no ha formulado la pregunta.³⁶³ Pese a lo afirmado por MEDHI, si se aceptan los estrictos términos del diálogo interjurisdiccional al que me refería más arriba, es cierto que la interpretación del Tribunal no tendrá valor para el juez de apelación, dado que no es él estrictamente quien ha interrogado al Tribunal. Sin embargo, si se tiene en cuenta el hecho de que se trata de un procedimiento único, aun cuando se haya entrado en una nueva fase, y si se considera que hoy la relación entre el Tribunal y los jueces nacionales sigue el modelo

³⁶¹ Knäger, punto 46.

³⁶² Knäger, punto 52.

³⁶³ R. MEDHI, cit. (1998), p. 487.

vertical y multilateral, entonces la respuesta de Luxemburgo debiera también afectar al juez de apelación.

Esta decisión resume de forma adecuada la idea del equilibrio que preside hoy la relación entre el Tribunal y los jueces nacionales, equilibrio que se encuentra en la jurisprudencia más reciente del Tribunal, como ya indiqué, y que se considera una manifestación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, ideas clave en la nueva fase de integración europea. Con ella parece que se enmienda en cierta manera la reducción de la postura garantista del Tribunal de Justicia manifestada fundamentalmente en *T. Port.*

III.- CRÍTICAS AL MODELO

Las sentencias del Tribunal de Justicia previamente analizadas constituyen el punto de partida de la tutela cautelar en el sistema comunitario de justicia, sistema cuya base son los jueces nacionales en su función de jueces comunitarios. Dichas sentencias han sido objeto de una prolija atención doctrinal, si bien sus efectos han sido valorados de forma diversa en los distintos Estados Miembros. Así, mientras en España la doctrina del Tribunal de Justicia ha sido recibida con entusiasmo, por cuanto ha ayudado a la apertura de nuestro sistema, en países como Alemania las críticas han sido constantes.

Se ha de dar la bienvenida a esta jurisprudencia del Tribunal, que en diálogo con sus contrapartes nacionales, ha admitido la posibilidad de adoptar medidas cautelares frente al Derecho comunitario por la pluralidad indefinida de jueces que han de velar por su aplicación. Ello no obstante se ha de lamentar, en primer lugar, la parquedad del Tribunal en ciertos aspectos clave de la institución jurídica afectada. Si bien es cierto que ello es debido a que el sistema de cuestiones prejudiciales obliga a ceñirse al caso

concreto, no lo es menos que, en ocasiones de especial relevancia para la construcción del sistema, el Tribunal ha aprovechado para sentar las bases teóricas de un instituto.³⁶⁴

Así, la referencia a las bases constitucionales de la tutela cautelar en Europa hubiera requerido, en consonancia con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, un mayor desarrollo, en especial en lo que a la tutela judicial efectiva se refiere. De esta manera, probablemente, el pronunciamiento en *T. Port* hubiera presentado un perfil distinto. Un problema añadido lo constituye, además, el hecho de que en los Estados las bases constitucionales de las medidas cautelares *contencioso-administrativas* derivan de una especial concepción del Derecho Administrativo que, a su vez, es fruto de una determinada concepción del Estado. Quizás la ausencia de una clara teoría política detrás del Derecho comunitario explique la existencia de instituciones jurídicas que parecen incompletas o suscitan dudas en cuanto a su auténtico significado, debido a que no es evidente el proyecto político (entendido en especial como proyecto de política jurídica) subyacente.

Además de la parquedad en los pronunciamientos del Tribunal, señaladamente en el ámbito indicado, se ha de reprochar que dicho órgano jurisdiccional no siga de forma más cercana la evolución de los ordenamientos nacionales en lo que a la teoría del Derecho interno se refiere. Entiendo que sólo de esta manera se puede consolidar el carácter *sui generis* del Tribunal, alejado de su origen internacional del que tempranamente se quiso desvincular. Esta falta de atención se manifiesta, en lo que afecta al presente trabajo, en diversos aspectos. Así, en primer lugar, las alusiones a una genérica ponderación de intereses no dan cuenta del debate subyacente a la cuestión en la teoría general del Derecho, así como su desarrollo ulterior en ramas jurídicas materiales, como es el Derecho Administrativo. En segundo lugar, el concepto de

³⁶⁴ Pueden citarse, por paradigmáticas, las sentencias *Van Gend en Loos* [de 5 de febrero de 1963, as. 26/62, Rec. 1963, p. 3] y *Costa/ENEL* [de 15 de julio de 1964, as. 06/64, Rec. 1964, p. 1194], en las que el Tribunal sienta las bases del ordenamiento jurídico comunitario.

interés general (comunitario) – en el ámbito de la tutela cautelar - recuerda a un estadio ya superado en la evolución del interés público nacional. En este sentido, no se percibe la recepción de las teorías relativas a la pluralidad de interés públicos o generales, así como, conectando con el punto anterior, con la ponderación de que dichos intereses son objeto.

En fin, una última cuestión susceptible de crítica la constituye la remisión que realiza el Tribunal de Justicia a su propia jurisprudencia en materia cautelar. Los amplios términos en los que se pronuncia el Tribunal con respecto a las condiciones de adopción de las medidas cautelares, se relativizan con esta exigencia. Así, si los criterios del *periculum in mora* y el *finis boni iuris* son lo suficientemente amplios como para permitir diversas interpretaciones de acuerdo con las tradiciones nacionales, la función modélica de la jurisprudencia de Luxemburgo no conlleva sino una uniformización de los procedimientos y de las condiciones de adopción de las medidas cautelares. Además, en la medida en que el Tribunal no tenga en consideración la evolución que en la materia han sufrido los ordenamientos internos, dicho modelo redundará en una reducción de las garantías existentes en algunos Estados Miembros. Si bien es cierto que ello sólo afecta a los litigios derivados del Derecho comunitario, no ha de olvidarse que dicho Derecho es cada vez más vasto y alcanza a mayor número de sectores de la realidad.³⁶⁵

³⁶⁵ Se ha de citar en este punto un auto del Tribunal Supremo español, en el que se alude expresamente a la obligación que pesa sobre el juez nacional de tomar en consideración el estado de la jurisprudencia comunitaria en materia cautelar, atendiendo a lo que de ella resulte sobre el método de análisis de la cuestión, sobre las circunstancias a ponderar y su respectiva valoración, y sobre las medidas adoptables. Cfr. ATS de 16.6.1997, Ar. 1997/5443 [Ponente: Segundo Menéndez], FJ 6º.

CAPÍTULO 4

EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVAS

INTRODUCCIÓN

Un estudio comparado de las medidas cautelares en Europa ha de comenzar por la identificación de su estatuto constitucional, que deriva tanto de textos denominados explícitamente "Constitución", como de otro tipo de documentos que establecen las normas fundamentales de una comunidad política o jurídica determinada, así como de las tradiciones constitucionales, o de las Constituciones no escritas.³⁶⁶ La justificación última (y primera) de las medidas cautelares ha de estar constituida, permitida o exigida por una norma que establezca los fundamentos jurídicos de una organización política.

La identificación de un estatuto de estas características en Europa no puede ser realizada *a priori*. Al contrario, un estudio comparado de los estatutos existentes en cada orden jurídico, nacional o supranacional, debería ayudar a definir las líneas que permiten configurarlo. Con el estudio comparado se indagará en la existencia o no de

³⁶⁶ Con ello se trataría de contribuir a la determinación del contexto constitucional cuya inexistencia en Derecho comunitario lamentaba Carol Harlow en 1999, quien afirmaba que "en contraste con los sistemas jurídicos nacionales, los sistemas jurídicos y administrativos emergentes en la Comunidad carecían de contexto cultural y constitucional". Cfr. C. HARLOW, *European Administrative Law and the global challenge*, en P. CRAIG/G. DE BÚRCA (eds.), "The Evolution of EU Law", Oxford University Press, Nueva York, 1999, pp. 261ss. [p. 266].

un embrión de estatuto constitucional de las medidas cautelares en Europa y se tratarán de deducir consecuencias al respecto.

I.- LA TUTELA CAUTELAR COMO DERIVACIÓN DEL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Uno de los pilares en los que se apoyan las medidas cautelares es el derecho a una tutela judicial efectiva.³⁶⁷ En efecto, un análisis de los ordenamientos jurídicos objeto de la comparación demuestra que buena parte de ellos lo ha reconocido de manera explícita, mientras que otros lo han hecho al menos implícitamente. Por ello, y

³⁶⁷ Utilizo el término "tutela judicial efectiva" prefiriéndolo al de "acceso a la justicia", pese a que en algunos ordenamientos jurídicos las referencias suelen serlo a este último. La elección es debida al carácter omnicomprendivo del primero respecto del segundo, así como al hecho de que el concepto de "acceso a la justicia" es plurisémico. En efecto, en algunos textos jurídicos la expresión "acceso a la justicia" alude a una de las manifestaciones del derecho a una tutela judicial efectiva, mientras que en otros supuestos se equipara totalmente a dicho derecho. Cfr. especialmente el volumen 13, núm. 1 de la *Revue Européenne de Droit Public*, que se ocupa del acceso a la justicia de manera monográfica. En los informes nacionales, así como en la comparación final, se percibe el carácter plural del término. Asimismo, CAPPELLETTI y GARTH se ocupan del problema terminológico en la introducción al libro M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to justice*, Milano, Giuffrè, 1978 : *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, vol. 1, pp. 3ss. Estos autores utilizan la expresión "acceso a la justicia" como sinónimo de "tutela judicial efectiva" en el sentido ya indicado (véase p. 6). Otras referencias que considero pertinentes para el presente estudio son las siguientes: R. ABRAHAM, *Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe*, EPLR, 9 (1997), pp. 577ss.; I. CANOR, *Harmonizing the European Community's Standard of Judicial Review*, EPL 8 (2002), pp. 135ss.; C. HARLOW, *Access to justice as a human right*, en P. ALSTON (ed.), "The EU and Human Rights", Oxford, 1998; H. LABAYLE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, RFDA 8 (1992), pp. 619ss. (a pesar de haber sido publicado hace ya algunos años, mantiene su pertinencia); E. PACHE, *Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozeß*, NVwZ 12 (2001), pp. 1342ss.; A. PLIAKOS, *Le principe général de la procédure juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Sakoulas/Bruylant, Atenas/Bruselas, 1997 (insiste en la importancia del Derecho comparado para la identificación de este principio e incluye el estudio de la Convención Europea de Derechos Humanos); G. TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and the National Courts*, en "Festschrift Til Ole Due. Liber Amicorum", G.E.C. Gads Forlag, Copenhague, 1994, pp. 355ss.; A. WARD, *Judicial review and the rights of private parties in EC law*, Oxford University Press, Nueva York, 2000; P. WILFINGER, *Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes im Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention: Konkretisierungsansätze zur Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*, Frankfurt am Main, 1993. A estas cuestiones me he referido ya en un trabajo anterior. Cfr. S. DE LA SIERRA, *La protection provisoire dans le contentieux administratif en Europe. Le statut constitutionnel des mesures provisoires et sa dérivation du droit à une protection juridique effective. Une approche comparée*, en F. SNYDER (ed.), "Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui ?", Bruylant, Bruselas, 2003.

en primer lugar, se ha de ofrecer una explicación de carácter instrumental sobre el contenido de la expresión “derecho a una tutela judicial efectiva”.

1.- El derecho a una tutela judicial efectiva

El derecho a una tutela judicial efectiva se reconoce en España y Alemania en dos artículos de gran parecido, el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn³⁶⁸ y el art. 24 de la Constitución Española, respectivamente. En España el art. 24 CE se compone de dos apartados, haciendo el primero referencia al derecho al recurso o “acceso a la justicia”, mientras que el segundo reconoce el derecho a un proceso justo y con todas las garantías.³⁶⁹ La concreción y el desarrollo de estos enunciados generales previstos en las Constituciones han sido llevados a cabo por los Tribunales Constitucionales de cada Estado.³⁷⁰

En Francia la situación es más complicada desde un punto de vista dogmático, dado que no existe un reconocimiento constitucional expreso del derecho a la tutela judicial efectiva.³⁷¹ A pesar de que los jueces se hayan ya pronunciado sobre determinadas materias relacionadas con las manifestaciones de este derecho,³⁷² todavía

³⁶⁸ A pesar de que el art. 19.4 no haga referencia más que al derecho estricto de acceso a la justicia, la jurisprudencia constitucional ha extendido su contenido hacia una completa protección jurisdiccional. Vid. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 20^a ed., 1995, pp. 150ss. [p. 151].

³⁶⁹ Véase sobre este aspecto el completo e interesante estudio de A. QUERALT JIMÉNEZ, *The Access to Justice in Spain*, EPLR, vol. 13, n° 1, pp. 585ss.

³⁷⁰ Para una comparación de ambos modelos v. J. BARNÉS VÁZQUEZ, *La tutela judicial efectiva en la Constitución alemana*, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (ed.), “La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez”, Civitas, Madrid, 1993, pp. 429ss.

³⁷¹ Véase, a título de ejemplo, P. M. MABAKA, *Les relations entre la Convention Européenne des Droits de l'Homme et le droit administratif français en matière d'accès à la justice*, EPLR, vol. 13, n° 1, pp. 333ss. [p. 334].

³⁷² En especial, las resoluciones del Consejo Constitucional de 2 de diciembre de 1980 (resolución n° 80-119 L) – relativa a la ordenación del libre ejercicio del derecho al recurso –; de 21 de enero de 1994 (resolución n° 93-335 DC, *Urbanisme et Construction*) – consagración del derecho a un recurso jurisdiccional sobre la base del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano –; y

no existe un tratamiento analítico completo del derecho a una tutela judicial efectiva como un todo. En efecto, los jueces han elaborado diversos principios – los *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República* o los *principios generales del Derecho* – cuyo rango y valor legal difieren en función de cada caso, y que no pueden reconducirse a una unidad dogmática como la existente en otros ordenamientos.³⁷³ Además, la doctrina y la jurisprudencia suelen distinguir entre el derecho de acceso a la justicia y los derechos de defensa, sin establecer diferencias claras entre ellos en lo que respecta a su estatuto normativo. Ello no obstante, habría de añadirse que hay autores que utilizan el concepto de tutela judicial efectiva de una forma consciente o inconsciente, o bien que tratan de desarrollar aspectos concretos del mismo. Esta actuación podría ser percibida como una influencia de otros órdenes jurídicos nacionales, supranacionales o internacionales.

La estructura francesa de los derechos que componen el derecho a la tutela judicial efectiva recuerda a la existente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto, en el Convenio, el derecho al recurso se encuentra en el art. 13, mientras que el derecho a un juicio con todas las garantías se recoge en el art. 6.1. Ambos derechos son partes constituyentes de la tutela judicial efectiva, a pesar de que los órganos del Convenio – el Tribunal de Derechos Humanos y, anteriormente, también la Comisión de Derechos Humanos – hayan considerado que las exigencias del art. 13 son menos estrictas que las del art. 6 y resultan, por tanto, absorbidas por las mismas.³⁷⁴ En consecuencia, el art. 6.1 ejerce una suerte de *vis attrahens*, dado que en él se incluyen

de 23 de julio de 1999 (resolución nº 99-416 CDC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*) – relación entre el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano y el derecho a ejercer un recurso efectivo ante una jurisdicción –.

³⁷³ Cfr. P. M. MABAKA, cit., pp. 335-338. Véase también R. CHAPUS, *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, Dalloz 1966, chron. p. 99s. Ahora en R. CHAPUS, *L'administration et son juge*, PUF, París, 1999, pp. 112ss.

³⁷⁴ Vid. P.M. MABAKA, cit., p. 343.

todas las garantías procedimentales, bien en el aspecto inicial del acceso al juez, bien en un momento posterior, en el proceso.

En Derecho comunitario existe una tendencia a restringir el análisis del derecho a una tutela judicial efectiva a manifestaciones específicas del mismo. Este análisis ha sido realizado, por ejemplo, en relación con los efectos directos de las directivas.³⁷⁵ Asimismo, se han elaborado teorías sobre la tutela judicial efectiva desde un punto de vista preferentemente orgánico, donde el elemento individual apenas desempeña ningún papel.³⁷⁶ Sólo en algunos casos concretos se ha planteado la cuestión estrictamente desde el punto de vista de protección del individuo.³⁷⁷ En este trabajo se defiende una posición un tanto ecléctica – no únicamente para el Derecho comunitario -, donde el aspecto organizador del Estado, desde el punto de vista del Estado Social de Derecho, así como la debida protección de los derechos individuales, han de ser tenidos en consideración. El equilibrio entre ambas tendencias se obtiene en la tutela cautelar gracias a un mecanismo de argumentación con el que se procura garantizar que en cada constelación de derecho se adopte la decisión adecuada. Este mecanismo de argumentación, la ponderación de intereses en presencia, deriva de la necesidad de establecer un equilibrio entre principios constitucionales que pueden ser, en principio, opuestos.

³⁷⁵ Véase, por ejemplo, D. CURTIN, *Directives : The effectiveness of judicial protection of individual rights*, CMLR 27, pp. 709ss.; S. PRECHAL, *Directives in European Community Law: A Study on EC Directives and their Enforcement by National Courts*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.

³⁷⁶ Es el caso de las medidas cautelares, en especial en la primera etapa de desarrollo de un modelo europeo, tras la sentencia *Factortame*, dado que esta materia ayudó a consolidar el orden jurídico comunitario.

³⁷⁷ Cfr. especialmente E. SZYSZCZAK, *Making Europe more relevant to its citizens : Effective judicial process*, ELRev (21) 1996, pp. 351ss.; Más recientemente, M. RUFFERT, *Rights and remedies in European Community Law : A comparative view*, CMLR 34 (1997), pp. 307ss.; A. WARD, cit.

2.- La constitucionalización de la urgencia

El tiempo ha sido desde los orígenes de la humanidad uno de los conceptos clave en torno a los cuales se han organizado las sociedades, ejerciendo su influencia en instituciones jurídicas fundamentales para cada sistema. Las diferencias culturales en lo que respecta al tiempo son abundantes y se plasman asimismo en las relaciones entre los ciudadanos, así como entre éstos y el Estado. En fin, los diferentes significados del término “tiempo” aumentan y enriquecen aún más este problema.³⁷⁸

Las manifestaciones del fenómeno temporal en el proceso son bien conocidas: el establecimiento de plazos, las instituciones de la caducidad y la prescripción, los juicios tardíos, la necesidad de conservación del objeto del proceso, la impaciencia generada por el sistema de recursos... La lentitud es, en fin, uno de los gigantes a los que han de enfrentarse los ordenamientos modernos. De otro lado, la democratización del proceso (gracias a instrumentos como la justicia gratuita, los seguros por los gastos de la justicia que existen en ciertos países, la eliminación de algunas barreras procedimentales, etc.) ha de ser sin duda saludable. Sin embargo, los problemas generados por este hecho han de ser asimismo objeto de una reflexión por parte del legislador, que ha de establecer técnicas concretas para luchar contra los efectos nocivos que esta realidad pueda comportar.

La situación creada por la aceleración vital y por la importancia creciente del fenómeno temporal en el proceso ha llevado a algunos autores de ciertos Estados,

³⁷⁸ En este contexto queda mucho trabajo por hacer, tal y como indicaba G. DUPUIS en 1987, en su prólogo al libro de P.-L. FRIER, *L'urgence* (LGDJ, París, 1987), donde afirmaba que “en lo referente al tiempo (...) sin duda es necesario partir de cero – y arremangarse, si puedo emplear esta expresión. En efecto, el tiempo administrativo llama la atención y la IFSA prevé incluso hacer de él el objeto de un congreso, pero el pensamiento jurídico ignora este tema que es, sin embargo, fundamental” (p. II). Sobre la importancia de los elementos “espacio” y “tiempo” para una eventual armonización del Derecho Procesal en Europa, v. M. STORME, *Le droit judiciaire: e diversitate veritas?*, en *Justices*, núm. 7 (*Justice et Europe. Facteurs de diversité*), 1997, pp. 69ss.; También sobre el tiempo en el procedimiento, v. J.-M. COULON/M.-A. FRISON-ROCHE, *Le temps dans la procédure. Actes du colloque organisé le 5 décembre 1995 par le Tribunal de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit*, Dalloz, París, 1996.

como Alemania, a afirmar que la urgencia es, de hecho y de Derecho, una exigencia constitucional.³⁷⁹ En otros órdenes jurídicos, como Francia, la urgencia quizás no ha alcanzado el rango de principio o exigencia constitucionales, pero constituye uno de los pilares de reformas recientes en la jurisdicción contencioso-administrativa.³⁸⁰ En España, a pesar de que no existan “principios” claros en este sentido³⁸¹, pueden encontrarse referencias de interés en el texto constitucional,³⁸² o bien en algunas leyes sobre la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa.³⁸³

³⁷⁹ Este es el caso, por ejemplo, de Alemania. Vid. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren*, C.H. Beck, Munich, 4ª ed. 1998, pp. 3 y 5.

³⁸⁰ Al respecto me remito a mi *En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia*, REDA 116 (2002), pp. 557ss. La urgencia es un elemento central en ciertas obras de la doctrina francesa. Cfr. O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, París, 1991; P.-L. FRIER, cit.

³⁸¹ En España, este tipo de cuestiones se ha tratado, por lo general, desde otras ópticas, como es la propia de la vía de hecho y los mecanismos procesales de reacción frente a la misma (los interdictos, fundamentalmente). Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS, *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid, 1994. De interés, en general, sobre el concepto de urgencia, en un trabajo de reminiscencias germanas, véase V. ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en el Derecho Público*, Madrid, Civitas, 1996. Además, la agilización y rapidez de la justicia son elementos centrales del denominado Pacto por la Justicia, firmado por el partido en el Gobierno y el principal partido de la oposición, y que habría de regir las modificaciones que en este ámbito tengan lugar en la presente legislatura. Se puede consultar este documento en el sitio internet del Ministerio de Justicia: <http://www.mju.es/g270501.htm>. Tal y como se afirma al inicio de dicho documento, se persigue que “la Justicia actúe con rapidez, eficacia, y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados, que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles, que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales”.

³⁸² Los pilares constitucionales del Derecho Administrativo en España son, como es sabido, los artículos 103 a 106 de la Constitución de 1978. Uno de los principios que rigen la actividad de la Administración según el art. 103, y que debería también ser tenido en cuenta en el control de dicha actividad, es la eficacia. Se ha de notar que ciertos autores, en ámbitos distintos al jurídico, han propuesto una aproximación al fenómeno temporal partiendo del concepto de eficacia. Vid. F. JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, Grasset & Fasquelle, 1996.

³⁸³ La Ley de Procedimiento Administrativo, ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por ley 4/1999, de 13 de enero, repite en su art. 3 los principios constitucionales del art. 103 de la Constitución, de manera que resultaría de aplicación lo indicado en la nota anterior. Por su parte, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, incluye en su exposición de motivos un párrafo en el que explica las reformas de la ley precedente, la de 1956, que han sido efectuadas a raíz de los problemas planteados por el tiempo.

Las consideraciones precedentes son necesarias para ubicar el tema de las medidas cautelares en su contexto normativo constitucional, que deriva a su vez del contexto social y económico. Es importante retener que la urgencia y sus manifestaciones encuentran una posición al menos "especial" en el ordenamiento jurídico, posición que, sin embargo, no es absoluta. Esto significa que siempre ha de tener lugar una ponderación entre las derivaciones del principio "tiempo" (donde se encuentra especialmente el derecho a una tutela judicial efectiva) y otros principios. La situación se complica en los casos en los que el principio "tiempo" tiene diversas manifestaciones, como son la eficacia de la Administración pública o la eficacia de la protección de los particulares.

3.- La tutela cautelar y el derecho a una tutela judicial efectiva

La consolidación de las medidas cautelares como instrumento necesario para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva ha tenido lugar (en Europa) en la segunda mitad del siglo XX, en especial de la mano de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. Sin embargo, a pesar de que esta institución ha demostrado su necesidad para paliar los efectos negativos del privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos, su aplicación ha sido reducida en países como España o Francia, donde el peso de la tradición ha impedido su evolución. En fin, y a pesar de que este no sea el lugar indicado para analizar los orígenes históricos del derecho a una tutela judicial efectiva, parece cierto que su significado adquiere un cariz especial tras la Segunda Guerra Mundial, debido a los excesos cometidos en la misma. En efecto, como es sabido, en la posguerra se desarrolla un movimiento de definición de un nuevo modelo de protección de derechos humanos, estableciendo mecanismos nacionales de tutela (así se explica la emergencia de jurisdicciones constitucionales con competencias directas en esta materia) e internacionales (en especial, el Convenio Europeo de Derechos Humanos). El derecho a una tutela judicial

efectiva y, con él, la tutela cautelar, encuentra aquí el contexto adecuado para su desarrollo.

En el presente epígrafe se realizará un planteamiento general de la relación entre la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar, indicando cuál es la ubicación dogmática de la segunda en relación con la primera. Más adelante, en el apartado II, se analizará una cuestión específica, derivada de este planteamiento general, cual es la paulatina consolidación de la tutela cautelar frente al tradicional privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos.

Los ordenamientos jurídicos objeto de la comparación presentan una diferencia importante en lo que a la consideración de las medidas cautelares como parte integrante del derecho a una tutela judicial efectiva se refiere. De un lado, sólo Alemania y España disponen de un órgano de control de constitucionalidad con competencias directas en materia de protección de derechos del individuo. En Francia, por su parte, el control es, como es sabido, un control general y *a priori* de las leyes, y no existe un mecanismo como el recurso de amparo o la *Verfassungsbeschwerde* alemana, esto es, un sistema específico de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción constitucional.

No obstante lo anterior, es cierto que las particularidades del sistema francés han llevado a las jurisdicciones ordinarias (entendidas en este contexto como las jurisdicciones no constitucionales) a identificar los principios de valor constitucional. De otro lado, la ubicación de las medidas cautelares en el derecho a una tutela judicial efectiva presenta ciertas dificultades desde un punto de vista dogmático, si bien en la práctica las consecuencias serían equiparables. En efecto, reitero, en Francia no existe un tratamiento unificado del derecho a una tutela judicial efectiva. Se trata en realidad de diversas "manifestaciones" que se ven reconocidas en normas con valores diversos en la jerarquía normativa.

Las medidas cautelares y, más en concreto, la suspensión de actos administrativos, han sido aceptadas por el Consejo Constitucional como parte de los derechos de la defensa, tal y como se desarrollará por extenso en el apartado II del presente capítulo.³⁸⁴ Si se considera que los derechos de la defensa forman parte del supraconcepto “tutela judicial efectiva”, como entiendo ha de ser, la suspensión o antiguo *sursis à exécution* (su existencia y, con toda probabilidad, algunos de sus elementos) también formaría parte de este derecho.³⁸⁵ En este punto resultan de interés las Conclusiones del Comisario del Gobierno BONICHOT ante el Consejo de Estado en el asunto *Syndicat des avocats de France*³⁸⁶, quien afirma lo siguiente: “En efecto, la suspensión se ha desarrollado considerablemente desde hace algunos años y ya se encuentra lejano el tiempo en el que, para esquivar la prohibición hecha a los tribunales administrativos de primera instancia de decidir sobre la suspensión en los actos que afectarían al orden público, Vds. inventaron la jurisprudencia Ferrandiz Gil Ortega (*Assemblée*, 23 juillet 1974, 448). Hay un derecho a la suspensión. Se considera como un elemento esencial del derecho a una tutela judicial efectiva. Así se concibe por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tanto respecto de los actos nacionales en general como respecto de las medidas nacionales de ejecución de la normativa comunitaria. Es considerado por el Consejo Constitucional como una garantía de los derechos de la defensa. Se trata, sin embargo, en nuestra opinión, de un elemento de equilibrio que es necesario asegurar entre la preservación del interés público y el de los particulares” [el subrayado es mío].

Además, dada la importancia creciente del resto de medidas cautelares en el conjunto del contencioso-administrativo, sería deseable que el Consejo Constitucional tuviera la posibilidad de pronunciarse al respecto subrayando la pertenencia de todas las

³⁸⁴ Resolución nº 86-224 DC, de 23 de enero de 1987, *Conseil de la Concurrence*.

³⁸⁵ Únicamente en este sentido puedo compartir la opinión de J.-M. FÉVRIER, quien, en su excelente libro *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution* (L'Harmattan, París, 2000), afirma que “se puede señalar que el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo ha sido ya reconocido por el Consejo Constitucional, sin que lo haya vinculado explícitamente al procedimiento de suspensión de actos administrativos” (p. 141).

³⁸⁶ N. 116594, de 5 de abril de 1996.

medidas cautelares al derecho a una tutela judicial efectiva. El legislador francés, por su parte, no ha considerado necesario establecer un vínculo entre estas instituciones en la reforma de los procedimientos de urgencia, en vigor desde enero de 2001, pero el contexto europeo y el francés lo hubieran aplaudido.³⁸⁷

En España y en Alemania las medidas cautelares han sido incluidas en el derecho a una tutela judicial efectiva desde la primera jurisprudencia de sus Tribunales Constitucionales. Se ha de hacer notar, sin embargo, que existe una diferencia que podría presentar resultar diversos en vista a un estatuto constitucional común en Europa. En Alemania, como ya se indicó más arriba, el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva de manera unívoca y sin hacer distinción entre las diversas manifestaciones de este derecho. En España, por su parte, el art. 24 CE en su apartado 1 prevé el derecho al recurso o acceso al juez, mientras que el apartado 2 incorpora el derecho a un proceso justo con todas las garantías procedimentales o, en terminología francesa, los derechos de la defensa.³⁸⁸ Si en Francia el Consejo Constitucional ha estimado que el *sursis à exécution* forma parte de los derechos de la defensa, el Tribunal Constitucional español ha declarado que las medidas cautelares forman parte del primero de los derechos reconocidos en el art. 24, esto es, el derecho al recurso.³⁸⁹

³⁸⁷ Sobre el estatuto constitucional de las medidas cautelares en Francia, además de los trabajos de J.-M. FEVRIER y H. LABAYLE, ya citados, vid. S. TSIKLITRAS, *Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif*, RDP 3 (1992), pp. 679ss. Para otras referencias más precisas me remito a lo expuesto más adelante sobre la relativización del privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos.

³⁸⁸ J. GONZÁLEZ PÉREZ opta por considerar todas las manifestaciones de la tutela judicial efectiva, arts. 24.1 y 24.2 CE como un único derecho. Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001, p. 58.

³⁸⁹ Es jurisprudencia constante de este Tribunal. Las referencias específicas se detallan en el apartado II. Hay pronunciamientos de interés, además, del Tribunal Supremo. Véase, por ejemplo, la sentencia de 7 de abril de 1997 [RJ 1997/3306, Ponente: Goded Miranda], relativa al alcance de la casación en la tutela cautelar y al contenido del 24.1 CE en relación con esta materia.

En este sentido se ha de recordar que en otras jurisdicciones también se ha desarrollado una jurisprudencia que diferencia las diversas manifestaciones del derecho a una tutela judicial efectiva. Es el caso singularmente, en lo que interesa al presente estudio, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este Tratado Internacional el derecho al recurso y los derechos de la defensa o derecho a un proceso justo son reconocidos en dos artículos, el 6 y el 13, que han sufrido una evolución jurisprudencial también diferente. Esta dificultad podría ser superada si se tiene en cuenta la consideración del Tribunal de Derechos Humanos, mencionada más arriba, según la cual el art. 6 ejercería una suerte de *vis attrahiva* en relación con el art. 13.

En Derecho comunitario se han de distinguir dos esferas. De un lado se encuentran las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal de Justicia o el Tribunal de Primera Instancia en el contexto de los recursos directos. Esta modelo presenta características específicas y su naturaleza ha evolucionado de forma paralela a la propia evolución de los órganos jurisdiccionales comunitarios.³⁹⁰

³⁹⁰ Existen diversos estudios sobre esta materia. Vid., entre otros, Th. BERRANG, *Vorbeugender Rechtsschutz im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Nomos, Baden-Baden, 1994; G. BORCHARDT, *The award of interim measures by the European Court of Justice*, CMLR, 1985, pp. 203ss.; P. CHRISTIAN (ed.), *Référé et droit communautaire*, Université Jean Moulin-Lyon 3, Lyon, 1999; C. GRAY, *Interim Measures of Protection in the European Court*, ELRev 4 (1979), pp. 80ss.; G. KNOLL, *Grundzüge eines europäischen Standards für den einstweiligen Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte: paradigmatische Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes in Deutschland, Frankreich und Vereinigtem Königreich sowie in der EMRK und der Europäischen Gemeinschaft?*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002; S. LEHR, *Einstweiliger Rechtsschutz und Europäische Union: nationaler einstweiliger Verwaltungsrechtsschutz im Widerstreit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht*, Springer, Berlin/New York, 1997; B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, *El Procedimiento de Medidas Cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993; G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *La tutela cautelar en el Derecho comunitario*, en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/ D. LIÑÁN NOGUERAS (eds.), "El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial", Civitas, Madrid, 1993, pp. 635ss.; E. SHARPSTON, *Interim and Substantive Relief in Claims under Community Law*, Butterworths, Londres, 1992; B. VIDAL FERNÁNDEZ, *El proceso cautelar del ordenamiento jurídico europeo: el référé comunitario*, Revista del Poder Judicial 45 (1997), pp. 305ss. Un estudio clásico, pero que preserva su interés, es el de M. SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Revue belge de droit international, 1967-1, pp. 167ss. De la misma época es una tesis doctoral de la Universidad de Montpellier, P.N. SCHWAIGER, *Le référé dans la procédure de la Cour de Justice des trois Communautés européennes*, 1965.

De otro lado, como se desarrolló en el capítulo anterior, el Tribunal de Justicia ha elaborado una jurisprudencia en el marco de las cuestiones prejudiciales destinado a los jueces nacionales, donde éstos tienen competencia para la adopción de medidas cautelares para proteger los derechos derivados del Derecho comunitario. Esta jurisprudencia comenzó, reitero, con el asunto *Factortame* en 1990, donde se trataba de un caso de aplicación de la jurisprudencia *Sirmenthal*³⁹¹ en un supuesto concreto, el de las medidas cautelares. Así, si desde *Sirmenthal* los jueces nacionales pueden dejar inaplicadas en el proceso las normas o prácticas contrarias al Derecho comunitario, *Factortame* obligó a dejar inaplicada la norma del Reino Unido según la cual el juez no era competente para adoptar órdenes provisionales contra la Corona. En consecuencia, la prohibición constitucional de no adoptar medidas cautelares quedó inaplicada para los casos en los que el Derecho comunitario estuviera en juego.

Las dos esferas diferenciadas se tocan desde 1991, momento en el que el Tribunal de Justicia se pronuncia en el asunto *Zuckerfabrik*. En este caso el alto órgano jurisdiccional establece las condiciones de adopción de las medidas provisionales por los jueces nacionales cuando hayan de afectar a la aplicación del Derecho comunitario derivado. Tras haber detallado las condiciones, el Tribunal exige que los jueces nacionales sigan el modelo de tutela cautelar elaborado por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, para así colmar las lagunas que pudieran existir. El Tribunal repetirá estas exigencias en el asunto *Atlanta*, si bien en el contexto de las medidas provisionales “positivas” y no únicamente en el de la suspensión.

El análisis de las condiciones requeridas por el Tribunal y la comparación del modelo comunitario con los modelos nacionales son objeto de estudio en profundidad en otras partes de la presente investigación. Lo que interesa indicar en este momento es

³⁹¹ Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Sirmenthal S.p.A.*, as. 106/77, Rec. 1978, p. 629.

que el Tribunal de Justicia, en el asunto *Factortame*, no incluye entre los fundamentos de su decisión el derecho a una tutela judicial efectiva, a pesar de que el Abogado General lo había propuesto en sus conclusiones. El razonamiento tiene en cuenta exclusivamente la efectividad del Derecho comunitario, sin reflexionar sobre las repercusiones en los derechos de los particulares. Ello no obstante, en 1991, en el asunto *Zuckerfabrik*, sí aparece la mención al derecho a una tutela judicial efectiva, en consonancia con la jurisprudencia constitucional de algunos Estados Miembros.³⁹² El Tribunal sigue así las conclusiones del Abogado General LENZ, que había afirmado que existe un paralelismo entre el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn y la tutela jurisdiccional que el Derecho comunitario ofrece a los justiciables. El Tribunal sostendrá que, en efecto, el orden jurídico comunitario dispensa de una protección de estas características, donde la tutela cautelar se encuentra incluida expresamente.³⁹³ Sin embargo, el fundamento de la tutela cautelar continúa siendo la aplicación uniforme del Derecho comunitario, bien en los casos de adopción de medidas cautelares frente a actos o normas nacionales en contradicción con el Derecho comunitario, bien en los supuestos en los que las medidas cautelares se acuerden contra actos de aplicación del Derecho derivado.³⁹⁴

Las consecuencias de la afirmación del Tribunal en *Zuckerfabrik* son diversas. De un lado, se trata de una contribución a la definición del derecho a una tutela judicial

³⁹² Más recientemente, en el mismo sentido, y citando la sentencia *Zuckerfabrik*, véase el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2001, *República de Austria contra Consejo de la Unión Europea*, C-445/00 R, Rec. 2001, p. I-01461, en cuyo párrafo 111 se afirma que “el principio general del derecho a una protección jurisdiccional completa y efectiva implica que pueda garantizarse la tutela cautelar de los justiciables, en caso de que sea necesaria para la plena eficacia de la futura resolución definitiva”. El auto remite a otras resoluciones del Tribunal de Justicia, remontándose a un auto de 12 de diciembre de 1960, *Renckens/Comisión*, 27/68 R, Rec. 1969, p. 274.

³⁹³ Cfr. párr. 17.

³⁹⁴ Cfr. párr. 20.

efectiva en Europa.³⁹⁵ Se consolida de esta manera una suerte de “garantía institucional”, en el sentido que ha de existir un sistema de tutela cautelar para que el derecho a una tutela judicial efectiva sea real. De otro lado, esta afirmación aisladamente no es suficiente, ya que habrán de determinarse cuáles son las condiciones exigidas por este estatuto constitucional de las medidas cautelares en Europa. Esta es la cuestión que será objeto de análisis en el siguiente apartado.

II.- EL PRIVILEGIO DE LA EJECUTIVIDAD Y LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La cuestión de la tutela cautelar como derivación del derecho a la tutela judicial efectiva adquiere un matiz especial en el contencioso-administrativo, ámbito en el que la Administración ha dispuesto tradicionalmente de privilegios que diferencian sus actos de los actos individuales. Por esta razón, la jurisprudencia constitucional relativa a la tutela judicial efectiva y sus efectos sobre las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa ha tenido lugar al hilo de la relativización de dichos privilegios y, en concreto, de la relativización del privilegio de la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, como corolarios de su presunción de validez.

La jurisprudencia constitucional se ha centrado en el análisis del privilegio de la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, no aludiendo, por lo general

³⁹⁵ Esta definición tendría efectos en relación con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, que prevé el derecho a un recurso efectivo en el art. 47. La Carta, como es sabido, se incluye como Parte II de la Constitución Europea, tal y como establece el art. I-7 en su apartado primero. Además, por vez primera se incluye una previsión específica en el Derecho originario de la Unión Europea relativa a la eventual adhesión de la misma al Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. I-7, apartado 2) y se insiste en el carácter de principios generales de la Unión de los derechos reconocidos en el mismo, así como de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros. En fin, el art. I-28, apartado 1, párrafo 2 alude al deber de los Estados de crear las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho de la Unión.

a la en España denominada autotutela declarativa.³⁹⁶ Ello es debido a que la medida cautelar tradicional ha sido la suspensión y, con ella, los mayores problemas que se plantean tienen que ver, precisamente, con dicho privilegio.

Sobre la diferente virtualidad de la suspensión en la ejecutividad y en la ejecutoriedad ha discutido por extenso la doctrina alemana, haciéndose eco del desigual tratamiento en la jurisprudencia y planteándose si la suspensión lo es de los efectos de los actos administrativos (*Wirksamkeit*), o bien de la ejecución de los mismos (*Vollziehung*).³⁹⁷ Si únicamente se suspende la ejecución, ello no sería óbice para que el acto continuara produciendo efectos jurídicos y eventualmente originara nuevos actos que, sin embargo, no serían objeto de suspensión en tanto no se interpusiera recurso frente a ellos. En España no se aprecia una polémica de estas características, por cuanto la jurisprudencia constitucional se ha referido por lo general a la suspensión de la ejecutividad y, con ella, de la ejecutoriedad, sin que se hayan alzado voces discrepantes en la doctrina. En Francia, las referencias lo son, como es conocido, al privilegio de una decisión ejecutoria que entiendo comprende la doble nota de ejecutividad y

³⁹⁶ La autotutela es, como es sabido, un concepto existente en España e Italia. Dado que dicho concepto no es empleado en otros ordenamientos, como son el francés o el alemán, y en la medida en que se ha tratado de encontrar una terminología común para todos los sistemas, dicho término no se utilizará más que para hacer referencia a ciertas particularidades del Derecho español. Sobre la teoría de la autotutela, mediante la cual GARCÍA DE ENTERRÍA sistematiza el régimen jurídico y los efectos del acto ejecutivo, v. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo*, CEC, Madrid, 1992, pp.427ss., quien explica las diferencias entre el concepto español y su homólogo italiano (véase la extensa nota núm. 261). Sobre los conceptos de ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa me remito al libro de J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

³⁹⁷ V. el detallado estudio de W. WIESELER, *Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, pp. 77ss. Este autor constata cómo en 1967 no puede hablarse de una opinión dominante al respecto (v. p. 79). Más adelante, en 1998, FINKELNBURG y JANK consideran que de la jurisprudencia se deduce una clara opción por la suspensión de la ejecución, opción que también comparten estos autores, en tanto consideran que el texto normativo es claro, dado que el art. 80 VwGO hace referencia a determinados supuestos en los que excepcionalmente se acordará la "ejecución inmediata". Así, y a contrario, el objeto de la suspensión es la ejecución y no la efectividad. Estos autores consideran, además, que la suspensión de la efectividad supondría un "exceso de tutela judicial". Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 283.

ejecutoriedad.³⁹⁸ De hecho, la doctrina francesa ha puesto de manifiesto cómo en los escritos de HAURIUO, se deducen dos acepciones del término “decisión ejecutoria”, coincidentes con las características de ejecutividad y ejecutoriedad mencionadas.³⁹⁹

Las consideraciones anteriores justifican, por tanto, la reflexión en torno a los privilegios mencionados y a su paulatina evolución. En primer lugar se realiza una aproximación a su contenido, exponiendo cuáles son los elementos de interés desde el punto de vista comparado en el contexto europeo. A continuación se presentan los ordenamientos nacionales, dado que es en éstos en los que se ha gestado esta institución tan característica del Derecho Administrativo continental. En fin, se indica cuáles son las líneas que pudieran configurarlo en el ámbito comunitario, tratando de identificar los criterios que permitan identificar el estatuto constitucional de las medidas cautelares en Europa.

1.- Un privilegio históricamente configurado, socialmente necesario, pero limitado por la Constitución

Aquellos ordenamientos que, como el francés, han constituido tradicionalmente un modelo de justicia objetiva y revisora, han mostrado siempre gran reticencia para aceptar la suspensión de los actos administrativos o la adopción de otro tipo de medidas cautelares. Ello es debido a que se consideraba que de esta manera se protegía

³⁹⁸ Sobre la doctrina de HAURIUO relativa a la decisión ejecutoria, véase en castellano A. BETANCOR RODRÍGUEZ, cit., pp. 338ss., quien en la p. 339 afirma lo siguiente: “La decisión ejecutoria produce efectos jurídicos bajo una forma ejecutoria. La Administración cuenta con un pouvoir propre de décision por virtud del cual sus manifestaciones de voluntad producen efectos jurídicos instantáneamente por la sola emisión de esta voluntad, efectos jurídicos garantizados por el efecto disciplinario que la decisión tiene respecto de administrados y agentes de la Administración. Sin duda el más destacado efecto de la decisión ejecutoria lo es respecto del contencioso”.

³⁹⁹ Sobre esta discusión y sus efectos en lo relativo a la suspensión de actos administrativos, v. J.-M. FÉVRIER, cit., pp. 44ss. Este autor insiste, sin embargo, en rechazar la acepción de “decisión ejecutoria” como “decisión susceptible de ser ejecutada forzosamente”, dado que entiende que esta interpretación redundaría en perjuicio de la pureza de la teoría de HAURIUO, en la medida en que da a entender un carácter autoritario del Derecho Administrativo que no se deduce directamente de los trabajos del Decano de Toulouse.

el interés general subyacente al acto y se garantizaba la efectividad de la actividad de la Administración.

La efectividad justificaría, por tanto, que los actos administrativos se encuentren dotados de ciertas características que los diferencian de los actos de los particulares. Estas características, la presunción de validez y la ejecutoriedad de los actos administrativos, existen en todos los ordenamientos objeto del presente estudio, si bien su contenido puede variar en ciertos aspectos. De su comprensión en cada sistema jurídico, especialmente de su configuración constitucional, depende la opción que en uno y otro caso se haya realizado en favor de un determinado modelo de tutela cautelar.

Los privilegios se han ido relativizando con la consolidación del Estado de Derecho, dotando al individuo de mayor protección y permitiendo la existencia de un modelo tendencialmente equilibrado entre privilegios y garantías. Esta cuestión cobra interés en el contexto del Derecho Administrativo Comparado desde la perspectiva comunitaria, en especial si se tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades relativa al equilibrio entre la efectividad del Derecho comunitario y las garantías individuales.

Tal y como se indicó en el capítulo 3, pese a la ampliación paulatina de dichas garantías individuales, el principio de efectividad o efecto útil de las normas comunitarias todavía goza de gran predicamento. Esta situación puede compararse con la evolución del Derecho Administrativo nacional, que en sus orígenes coadyuvó a la construcción de los Estados en el sentido moderno, en la medida en que éstos requerían de un Derecho específico, exorbitante, para consolidarse. Sólo con el paso del tiempo las garantías individuales fueron aumentando en número e importancia.

El Derecho comunitario da sus primeros pasos en 1951⁴⁰⁰, con el Tratado constitutivo de la Comunidad del Carbón y del Acero, y crea una nueva entidad jurídica, a la que más adelante se añadirán otras dos Comunidades, la Económica Europea y la de la Energía Atómica, que más adelante serán el origen de la actual Unión Europea. Se trata de un ente en formación, cuyos límites geográficos, debido a su continua expansión, no se encuentran aún enteramente perfilados, y en el cual se plantean importantes problemas de identificación y categorización de las diferentes fuentes de poder existentes en el mismo. Los intentos por reconducir esta nueva realidad a la estructura tradicional del Estado-nación no han encontrado consenso hasta la fecha, si bien en el discurso político y científico continúan utilizándose las categorías tradicionales empleadas para describir la división de poderes en las Comunidades y el funcionamiento de la Administración comunitaria.⁴⁰¹ En lo que respecta al objeto del presente trabajo se ha de indicar que la terminología empleada para referirse a los efectos de los actos emanados de dicha Administración comunitaria recuerda a los conceptos nacionales relativos a los actos administrativos.

En este contexto entiendo se ha de entender la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de efectividad del Derecho comunitario y, en lo que nos afecta, a la efectividad de los actos de naturaleza administrativa. Así, el Derecho comunitario atribuye gran valor al principio de efectividad, de un modo que

⁴⁰⁰ Ciertos autores se refieren también a textos precontractuales con valor "constitucional". Al respecto puede citarse la Declaración *Schuman*, de 9 de mayo de 1950, que podría presentar las características clásicas de un Preámbulo constitucional. V. sitio internet http://www.europa.eu.int/abc/symbols/9-may/decl_es.htm (fecha de entrada: 20 de junio de 2003). En dicha Declaración, el Ministro francés de asuntos exteriores de la época, Robert Schuman (que, sin embargo, era de origen luxemburgués) se refería ya a una "federación de Europa" basada en la cooperación económica en sectores relacionados con la producción de armamento, como el carbón y el acero.

⁴⁰¹ Sobre este concepto, véase especialmente A. GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, Madrid, 1998. También E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, CEDAM, Pádova, 2002; A. MASSERA, *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, en S. CASSESE y otros, "El desenvolupament del dret administratiu europeu", Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1993, pp. 55ss. Una perspectiva más vinculada a la ciencia política se presenta en J. HAYWARD/ A. MENON, *Governing Europe*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2003.

contrasta con la tendencia de los ordenamientos nacionales a dotar de mayor protección jurisdiccional a los ciudadanos. Por esta razón, y tras el análisis de los límites constitucionales a los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad en los ordenamientos nacionales, se trasladará el debate al ámbito comunitario, incluyendo, además, las aportaciones del sistema del Consejo de Europa que se consideran relevantes al respecto.

2.- España: La constitucionalización del privilegio mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En España, la regulación de este privilegio se contempla en los arts. 56, 57 y 94 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, modificada por ley 4/1999, de 13 de enero.⁴⁰² A pesar de tratarse de un concepto de honda raigambre histórica, su acepción actual deriva del entendimiento que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, derivado señaladamente del art. 103 CE. Así, en su pronta sentencia de 17 de febrero de 1984⁴⁰³, el Tribunal tuvo oportunidad de establecer que

“el reconocimiento por el art. 103 de la C.E. del principio de eficacia como uno de los principios a los que la Administración pública ha de atenerse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho significa una

⁴⁰² Sobre los orígenes de dicho privilegio existe una conocida discrepancia en la doctrina española. Cfr. R. PARADA, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, RAP 55 (1968), pp. 65ss.; A. NIETO, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, RAP 57 (1968), pp. 9ss.; R. PARADA, *Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, RAP 59 (1969), pp. 41ss. J.R. FERNÁNDEZ TORRES retoma la tesis de PARADA, desarrollándola, y exponiendo las consecuencias que la concepción errada ha supuesto para el actual sistema constitucional español. Vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa: (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998, así como en su obra *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998. En fin, SOSA WAGNER, en su detallada exposición de la obra de POSADA HERRERA, también se sitúa en la línea de FERNÁNDEZ TORRES. Cfr. F. SOSA WAGNER, *La construcción del Estado y del Derecho Administrativo. Ideario jurídico-político de Posada Herrera*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001, p. 78.

⁴⁰³ STC 22/1984.

remisión al legislador ordinario respecto de aquellas normas en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier administración pública con arreglo al art. 103 de la C.E.”.

Sin embargo, ya desde entonces el Tribunal estableció límites a este poder exorbitante, para de esta manera adecuarlo a las exigencias del texto constitucional. Entre estos límites destacan los derechos fundamentales, en especial el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. Así, en una sentencia posterior, de 6 de junio del mismo año⁴⁰⁴, el Tribunal indicó que de dicho derecho se deriva que cualquier norma que prohíba con carácter general la suspensión de actos administrativos vulnerará dicho artículo. Por ello se exige “*la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales*”. De este modo (...), “*el contenido esencial del derecho a la tutela judicial no padece*”.⁴⁰⁵ Esta línea jurisprudencial ha sido precisada más detalladamente en posteriores sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente en las SSTC 238/1992, de 17 de diciembre de 1992 (que se refiere ya a todas las medidas cautelares y no exclusivamente a la suspensión) y 78/1996, de 20 de mayo (relativa a la suspensión de los actos de gravamen)⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ STC 66/1984.

⁴⁰⁵ Cfr. FJ 3º.

⁴⁰⁶ V. al respecto, R.O. BUSTILLO BOLADO, *Eficacia de los actos de gravamen y tutela judicial efectiva. A propósito de la STC 78/1996, de 20 de mayo*, RAP 143, pp. 285ss.; P. GONZÁLEZ SALINAS, *El retorno de la suspensión de la ejecución de la sanción no firme y la necesidad de resolver sobre la petición de suspensión*, REDA 92 (1996), pp. 641ss.; J.V. MOROTE SARRIÓN, *La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo*, REDA 94 (1997), pp. 307ss. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de tutela cautelar contencioso-administrativa, haciendo inventario de una serie de cuestiones en las que el Tribunal ha ejercido su competencia cautelar directa, v. M.A. MONTAÑÉS PARDO, *La Suspensión Cautelar en el Recurso de Amparo. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 55ss.

La regla general que preside el sistema de medidas cautelares en España ya no es, por tanto, la no suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, o la no adopción de otras medidas provisionales que puedan afectar dicha ejecutividad. En consonancia con la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. exige que exista la posibilidad de interponer un recurso en el cual el juez, con todas las garantías procesales, especialmente atendiendo a los principios de información y contradicción⁴⁰⁷, resuelva sobre la pretensión cautelar. Tras la insistencia de la doctrina⁴⁰⁸, también el legislador lo ha considerado así y, por esta razón, la Exposición de Motivos de la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa del año 1998, establece que “[s]e parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario”. No existe una solución *priori*, sino que se habrá de ponderar en cada caso concreto en qué medida la ejecución o la no ejecución pueda afectar a los intereses particulares y a los intereses generales.

⁴⁰⁷ Fundamento jurídico 3º de la sentencia 66/84, de 6 de junio de 1984.

⁴⁰⁸ V. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, en “La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español”, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1995, pp. 273ss. Tras la elaboración de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, los comentaristas han destacado de la nueva regulación de las medidas cautelares que el mérito de la ley radica en la plasmación del estatuto constitucional de la tutela cautelar elaborado por la jurisprudencia desde el advenimiento de la democracia. Cfr. C. CHINCHILLA, *Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa”, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 15ss. En fin, se ha de citar el análisis de la jurisprudencia constitucional que al respecto realiza M. BACIGALUPO en *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, pp.49ss.

3.- Francia: la permanencia del principio del efecto no suspensivo de los recursos frente a actos administrativos

La Constitución como base o fundamento del Derecho Administrativo actual no es un punto de partida necesario en las exposiciones doctrinales en todos los ordenamientos jurídicos. Así, Francia es una muestra de cómo el Derecho Administrativo no se considera un “Derecho Constitucional concretizado”, en el sentido de la clásica cita de Fritz WERNER, antiguo Presidente del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo en Alemania.⁴⁰⁹

El Derecho Administrativo se ha desarrollado, como es conocido, mediante la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien se ha encargado de determinar el valor de los principios por él elaborados, incluido el valor constitucional. En este sentido, tradicionalmente se ha considerado que el Consejo de Estado ejercía de juez de la constitucionalidad de la actividad de la Administración⁴¹⁰ y ofrecía la interpretación auténtica de las normas aplicables a la misma, normas que presentan una naturaleza eminentemente principal. Esta situación comenzó a ser criticada tras la promulgación de la Constitución de 1958, momento en el cual algunas voces se alzaron, reclamando que los conceptos de Administración y de Derecho Administrativo habían de revisarse atendiendo a los nuevos parámetros constitucionales.⁴¹¹ La propia calidad de

⁴⁰⁹ Cfr. DVBl 1959, pp. 527ss. El título del artículo es, precisamente, “Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado”. Años más tarde, en 2001, otro autor aludirá al Derecho Administrativo como Derecho comunitario concretizado. Cfr. U. BATTIS, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht*, DÖV 2001, pp. 988ss.

⁴¹⁰ Cfr. L. FAVOREU, *Le juge administratif, a-t-il un statut constitutionnel?*, en “Études offertes à Jean-Marie Auby”, Dalloz, París, 1992, pp. 111ss.

⁴¹¹ Cfr. G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, nº 8, pp. 21ss. Las teorías del Decano VEDEL fueron posteriormente expuestas en su manual, redactado junto a Pierre DEVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, París, primera edición de 1958. En la séptima edición del mismo se incorporó un conocido Prefacio en el que VEDEL respondía a las críticas formuladas por Ch. EISENMANN en su artículo *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif français*, RDP, 1972, pp. 1345ss. Sobre esta discusión se puede ver recientemente E. BREEN, *Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif*, RFDA 18 (2002), pp. 232ss. Este volumen de la RFDA, preparado

“constitucionales” de los principios emanados del Consejo de Estado fue criticada por una de las máximas autoridades del Derecho Administrativo francés, René CHAPUS, quien procedió a determinar la posición de la jurisprudencia contencioso-administrativa en la pirámide normativa, para concluir que los principios no podían estar dotados de rango constitucional, sino exclusivamente infralegal y suprarreglamentario.⁴¹²

En este contexto puede comprenderse que no exista una reflexión constitucional sobre el alcance de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos⁴¹³ (*privilege de la décision exécutoire*) del mismo tipo que la existente en España.⁴¹⁴ Estos privilegios fueron considerados en su día por el Consejo de Estado como “regla fundamental del Derecho público”⁴¹⁵ y, en virtud de ello, se estableció el

como homenaje al desaparecido Decano Vedel, incluye estudios monográficos sobre sus aportaciones tanto en el Derecho Constitucional como en el Derecho Administrativo. En fin, se ha de hacer también referencia a G. BIGOT, *Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 (Définir le droit administratif / 1)*, RFDA 19 (2003), pp. 218ss.

⁴¹² R. CHAPUS, *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, en Dalloz 1966, chron. pp. 99ss. Ahora en la recopilación de estudios realizada por el autor “L’administration et son juge”, PUF, París, 1999.

⁴¹³ Se ha de señalar que el concepto de acto administrativo en Francia tiene un contenido más amplio que en España. Así, también los reglamentos y, parcialmente, los contratos celebrados por la Administración entrarían dentro del mencionado concepto. El equivalente francés para los actos administrativos españoles sería el término “decisión administrativa”. Sin embargo, hecha esta reserva, he preferido mantener la terminología del ordenamiento jurídico español para evitar equívocos. Sobre el concepto de acto administrativo en Francia, v. P. DEVOLVÉ, *L’acte administratif*, Sirey, 1983. En castellano, sobre el origen histórico del concepto de acto administrativo en Francia, derivado de la concepción francesa de la división de poderes, así como sobre su comparación con otros modelos nacionales, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, vol. 1, 9ªed., 1999, pp. 531ss.

⁴¹⁴ Como ha puesto de manifiesto Elisenda MALARET, una de las pruebas del interés existente en España por la fundamentación constitucional de los privilegios de la Administración son los capítulos introductorios de los manuales gestados tras el advenimiento de la democracia, que aparecen con la rúbrica “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo”. También los manuales clásicos han procedido a exponer las mutaciones sufridas por el Derecho Administrativo español tras 1978. E. MALARET, *Le droit administratif espagnol entre l’ordre juridique national et l’ordre juridique communautaire*, en G. MARCOU (Dir.), *Les mutations du droit de l’administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L’Harmattan, París, 1995.

⁴¹⁵ Arrêt del Consejo de Estado reunido en Asamblea, de 2 julio 1982, *Huglo et Lepage-Jessua*, AJ 1982, pp. 657ss. En concreto, vid. p. 660.

principio del efecto no suspensivo de los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, principio que continúa presidiendo el sistema de medidas cautelares en Francia. La nueva regulación⁴¹⁶, en vigor desde el 1 de enero de 2001, se pretende más garantista que la anterior normativa y, sin embargo, ha mantenido el statu quo en este aspecto. Así, el comisario de gobierno SEBAN, en sus conclusiones a un asunto considerado resolución de principio, ha puesto de manifiesto que *"la regla del carácter ejecutivo de los actos administrativos merece hoy el mismo respeto que ayer: es una de aquellas reglas que, del mismo modo que Portalis se refería a las leyes, "no hay que tocar más que una mano temblorosa"*".⁴¹⁷

En Francia, el Consejo de Estado no ha adoptado resoluciones estableciendo el estatuto constitucional de las medidas cautelares, pero sí han existido pronunciamientos en este ámbito de otro Alto Tribunal francés, el Consejo Constitucional.⁴¹⁸ El Consejo Constitucional, como es sabido, posee poderes más reducidos que en España o Alemania⁴¹⁹: su única competencia es el control previo de constitucionalidad de las leyes, pero, a pesar de sus escasas atribuciones, en 1987⁴²⁰ tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la materia.

⁴¹⁶ Art. L. 4 del Código de Justicia Administrativa (Preámbulo): *"Salvo disposiciones legislativas especiales, las demandas no tienen efecto suspensivo, a no ser que el juez ordene lo contrario"*.

⁴¹⁷ Conclusiones del Comisario SEBAN en el asunto *Préfet des Alpes-Maritimes/Société Sud-Est Assainissement*, de 28 de febrero de 2001.

⁴¹⁸ Al respecto véase el comentario de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexión sobre la constitucionalización...*, cit.

⁴¹⁹ Parece que esta circunstancia fue debida al afán del general de Gaulle, impulsor de la reforma constitucional, por crear un ejecutivo fuerte, radicalmente diverso del existente en la cuarta República. Un completo control de constitucionalidad por un solo órgano menoscabaría los poderes del ejecutivo y, por esta razón, uno de los compromisos constitucionales impuestos por el general fue precisamente el establecimiento de una férrea separación entre los distintos poderes públicos, separación que comprendería en este sentido al Consejo Constitucional. Vid. D. CHAGNOLLAUD/J.-L. QUERMONNE, *La Ve République, Vol. 1. Le régime politique*, Flammarion, París, 2000. Especialmente, pp. 78ss. (*Le compromis de 1958*) y pp. 99ss. (*Les exigences constitutionnelles du gaullisme*).

⁴²⁰ Resolución n° 86-224 DC, de 23 de enero de 1987.

El origen de la controversia se encuentra en una ley de 2 de julio de 1986 que autorizaba al Gobierno a adoptar diversas medidas de orden económico y social por medio de *ordonnances*, normas con rango de ley emanadas del ejecutivo. En virtud de dicha autorización, el Gobierno procedió a elaborar dichas normas, que con posterioridad serían presentadas de nuevo al Parlamento para su validación. Entre dichas *ordonnances*, interesa a nuestros efectos la número 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, que creó un Consejo de la Competencia, organismo de Derecho Público con poderes tanto para adoptar medidas provisionales frente a empresas o personas acusadas de llevar a cabo prácticas contrarias al ejercicio de la libre competencia, como para imponer sanciones a los mismos sujetos. Las medidas provisionales y las sanciones podían ser objeto de recurso ante el Consejo de Estado, si bien se prohibía formalmente que la demanda tuviera efecto suspensivo. En las mismas fechas, el Parlamento elaboró un texto, la ley de transferencia a la jurisdicción ordinaria de las decisiones del Consejo de la Competencia, que fue objeto del recurso previo de constitucionalidad del que surgió la resolución del Consejo Constitucional que se presenta en estas páginas.

En primer lugar, el Consejo Constitucional estudia el valor del principio de la separación de jurisdicciones en el Derecho francés. Así, si bien las normas de las que deriva⁴²¹ no poseen directamente rango constitucional, sí han contribuido a que la separación de jurisdicciones, en conexión con la división de poderes, sea uno de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, cuya naturaleza, sin embargo, no se encuentra exenta de contradicción. El Consejo Constitucional entiende que no se ha vulnerado el mencionado principio fundamental, dado que la actividad que controla el Consejo de la Competencia puede suscitar conflictos de carácter civil, mercantil, penal o administrativo, circunstancia que podría justificar que se realizara el deslinde de cada una de las conductas típicas, para, a continuación, distribuir las

⁴²¹ Arts. 10 et 13 de la ley de 16 y 24 de agosto de 1790 y decreto de 16 de fructidor del año III.

competencias entre las jurisdicciones competentes. Sin embargo, en aras a garantizar una buena administración de justicia, en palabras del Consejo Constitucional, resulta constitucionalmente adecuado que se proceda a unificar el régimen procesal de todos los supuestos y que, en concreto, se transfiera a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de todas cuestiones derivadas de los actos del Consejo de la Competencia.

A continuación se plantea otro problema, derivado de la previsión normativa que prohibía el efecto suspensivo de los recursos frente a los actos del Consejo de la Competencia. Según la versión inicial presentada por el Gobierno en su *ordonnance*, dicho recurso se sustanciaría ante el Consejo de Estado. Con la ley de transferencia a la jurisdicción ordinaria de los actos del Consejo de la Competencia, la prohibición persistía, si bien tendría efectos en esta jurisdicción. El Consejo Constitucional, en términos lacónicos - en un estilo, por lo tanto, que recuerda al del Consejo de Estado - declaró la inconstitucionalidad de esta previsión, debido a que la prohibición de la suspensión de los actos administrativos es contraria a los derechos de la defensa.

De la resolución del Consejo Constitucional no se deriva directamente que la suspensión (que constituye el único tipo de medida cautelar sobre el que se pronuncia el Consejo) forme parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho se deriva, según una resolución más reciente del Consejo Constitucional⁴²², del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, que forma parte de la actual Constitución francesa en función de diversas remisiones en serie. Es cierto, como indicaba, que la suspensión no forma parte de forma expresa de este derecho, pero parece que los derechos de la defensa a que se refirió el Consejo Constitucional en 1987, interpretados a la luz de los artículos 6 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos habrían de redundar en la inclusión de la suspensión, y

⁴²² Sentencia del Consejo Constitucional n° 96-373 DC, de 9 de abril de 1996, *Statut de la Polynésie française*.

probablemente del conjunto de medidas cautelares, en el derecho a una tutela judicial efectiva en el sentido más arriba mencionado.⁴²³

Este habría de constituir, en consecuencia, el punto de partida de la regulación de las medidas cautelares en el Hexágono y, sin embargo, no consta que haya motivado ni dirigido la reforma entrada en vigor el 1 de enero de 2001. No existen referencias expresas a la relación entre medidas cautelares y tutela judicial efectiva y, además, se aprecia en las conclusiones de los comisarios de gobierno, así como en los propios autos de medidas cautelares adoptados hasta la fecha, una cierta insistencia en el carácter ejecutivo de los actos administrativos, así como en la regla del efecto no suspensivo de los recursos. Remitimos en este aspecto a las palabras del comisario de gobierno SEBAN expuestas más arriba.

4.- Alemania: una jurisprudencia constitucional consolidada y muy elaborada

A diferencia de Francia, el Derecho Administrativo alemán moderno, especialmente las normas que regulan la jurisdicción contencioso-administrativa, deriva directamente de la Constitución.⁴²⁴ Es un Derecho Constitucional concretizado, según la expresión de Fritz WERNER reproducida más arriba.

⁴²³ V. recientemente J.M. FÉVRIER, cit., pp. 138ss.

⁴²⁴ Se trata de un lugar común en la doctrina. V. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11ª ed., C.H. Beck, 1997. En las páginas 20 y siguientes, el autor expone diversos principios constitucionales que rigen la actividad de la Administración. En lo que al Derecho Procesal Administrativo se refiere, v. F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 3ª ed., 1998, pp. 3ss. Con carácter monográfico, véanse las siguientes obras: H.F. LORENZ, *Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 IV GG für das Verwaltungsprozessrecht*, en H.-U. ERICHSEN, "System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag", Heymann, Colonia, 1985; W.-R. SCHENKE, *Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG*, JZ 43 (1988), pp. 317ss.; C.-H. ULE, *Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Mohr, Tübingen, 1950; G.-C. VON UNRUH, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat. Probleme und Entwicklung*, Maximilian, Herford, 1984.

De otro lado, la conocida máxima del jurista Otto MAYER, según la cuál "*el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece*"⁴²⁵, no ha de interpretarse como una ausencia de relación entre ambas ramas del Derecho, sino como una tendencia a la permanencia y la continuidad existente en el seno de la Administración.⁴²⁶ La aparente discordancia entre ambas disciplinas queda de este modo salvada.

El concepto de acto administrativo en el contexto alemán -como punto de partida del análisis de las medidas cautelares sobre el mismo - es un concepto definido legalmente⁴²⁷, que deriva de la doctrina administrativista decimonónica (Otto MAYER)⁴²⁸ y que ha permanecido hasta nuestros días con pequeñas modificaciones.⁴²⁹ Su ámbito es más reducido que el concepto francés y el español. Con respecto al Derecho francés, el concepto es objetivamente más reducido, dado que no comprende ni los reglamentos ni los contratos. Con respecto al Derecho español (y también respecto al francés), el concepto es subjetivamente más reducido, toda vez que el grupo de sujetos a quienes puede ir dirigido el acto es menos numeroso: los destinatarios han de ser los ciudadanos o personas jurídicas externas a la Administración.⁴³⁰ A diferencia del Derecho español, no cabe, por ejemplo, la adopción de actos administrativos con efectos hacia otras Administraciones o que produzcan efectos exclusivamente hacia el

⁴²⁵ Prefacio a la tercera edición de su manual de Derecho Administrativo. Apud H. MAURER, cit., p. 13.

⁴²⁶ Cfr. H. MAURER, cit., p. 13.

⁴²⁷ Circunstancia extraordinaria en el panorama comparado, dado que el desarrollo de esta institución ha sido tradicionalmente de carácter jurisprudencial. V. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 533.

⁴²⁸ Al respecto v. en castellano A. BETANCOR RODRÍGUEZ, cit., pp. 355ss.

⁴²⁹ H. MAURER, cit., p. 174.

⁴³⁰ H. MAURER, cit., p. 185.

interior de la propia Administración actuante. Este tipo de actos habrán de configurarse atendiendo a otra categoría jurídica.

La definición de acto administrativo que ofrece el art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo alemana, de 25 de mayo de 1976, modificada en numerosas ocasiones, es la siguiente:

"Un acto administrativo es cualquier disposición, decisión u otra medida de soberanía, que adopta una autoridad para regular un supuesto singular en el ámbito del Derecho Público y que produce efectos jurídicos hacia el exterior".

La ley introduce el concepto de eficacia jurídica directa (*unmittelbare Rechtswirkung nach außen*)⁴³¹, equivalente germano de la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, como se verá a continuación. Más adelante, en el art. 43 de la misma ley, se regula la eficacia (*Wirksamkeit*) de los actos, estableciendo que ésta se genera desde la notificación del acto, y que permanece en tanto no se den una serie de circunstancias que la ley enumera. Entre dichas circunstancias se encuentra la interposición de un recurso administrativo (*Widerspruch*), previo a la interposición del recurso de anulación (*Anfechtungsklage*) cuya regulación se contempla en los artículos 68 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa alemana.

Los principios de ejecutividad y ejecutoriedad no gozan en Alemania del predicamento que les conceden doctrina y jurisprudencia en otros ordenamientos, señaladamente el francés. La historia contemporánea alemana originó que la Ley Fundamental de Bonn⁴³² de 1949 pusiera especial énfasis en la protección de los

⁴³¹ En el texto anterior lo he traducido como "que produce efectos jurídicos hacia el exterior".

⁴³² La Constitución alemana recibió en su día la denominación de "Ley Fundamental" a imagen de las leyes fundamentales existentes en el Imperio Romano Germánico antes de 1806. Estas leyes regulaban cuestiones muy específicas o bien se adoptaban para estar en vigor durante un breve periodo de tiempo

derechos fundamentales, cuya garantía última es la tutela judicial efectiva. De la tutela judicial efectiva, contemplada en el art. 19.4 de la Ley Fundamental, se ha derivado tradicionalmente la tutela cautelar y es éste el punto de partida de toda regulación, explicación doctrinal o jurisprudencia en la materia. Consecuencia de la menor relevancia de la ejecutividad de los actos administrativos es el principio del efecto suspensivo automático de los actos administrativos en los recursos de anulación, principio que, sin embargo, está siendo relativizado ante las numerosas excepciones previstas en las leyes especiales⁴³³ y, probablemente también, debido a la influencia del Derecho comunitario⁴³⁴. No obstante, el Tribunal Constitucional alemán, ha reiterado que la suspensión es la regla y que la ejecución ha de constituir la excepción en todo caso.⁴³⁵

El estatuto constitucional de las medidas cautelares, sin embargo, no se agota ahí, dado que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de exponer pormenorizadamente los criterios constitucionales que determinan un adecuado sistema de tutela cautelar acorde con las exigencias de la Ley Fundamental. Así, tras haber manifestado en repetidas ocasiones que las medidas cautelares son "*un principio fundamental del proceso jurídico-público*" y una "*adecuada manifestación de la garantía constitucional*

y, en este sentido, eran leyes incompletas. La Constitución alemana de 1949 se consideró incompleta debido a que no se aplicaba a todo el pueblo alemán y a que era la Constitución de una Alemania dividida. Tras la reunificación alemana, jurídicamente en 1990, la Ley Fundamental es ya una auténtica Constitución y no es errado denominarla de esta manera. V. K. HESSE, cit., pp. 34ss.

⁴³³ Th. WÜRTENBERGER, *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 1998, p. 228.

⁴³⁴ N. WIMMER, *Der Einfluß des Europarechts auf vorläufige Rechtsschutzverfahren vor deutschen Verwaltungsgerichten*, en K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., pp. 601ss. En concreto, p. 612. Una opinión diferente defiende F. SCHOCH en *Die Europäisierung des vorläufigen Rechtsschutzes*, DVBl, 1997, pp. 289ss. En concreto, p. 291.

⁴³⁵ Se trata de una jurisprudencia consolidada. A título de ejemplo suelen citarse las sentencias del Tribunal Constitucional federal 35,382 (402); 38,52 (57); 51,268 (284ss.).

de la tutela judicial”⁴³⁶, el Tribunal se ha pronunciado en diversos momentos sobre la existencia necesaria de medidas cautelares positivas⁴³⁷, de acuerdo también con la exigencia de tutela judicial efectiva del art. 19.4 de la Ley Fundamental, y ha desarrollado una fórmula para ponderar los intereses en conflicto en los supuestos previstos por la ley.⁴³⁸

5.- El Derecho comunitario

Tal y como acaece en los ordenamientos nacionales, la tutela judicial efectiva es en el Derecho comunitario la justificación última de las medidas cautelares. Ello es así desde el asunto *Zuckerfabrik*, al que ya me he referido, incluso a pesar de la inicial timidez del Tribunal de Justicia para reconocerlo. El nivel de protección de este derecho ha de ser equivalente en todos los ordenamientos, no es suficiente el mero reconocimiento, de manera que el Tribunal debería tener en cuenta el desarrollo de sus perfiles en las jurisprudencias nacionales. Para ello es necesario indicar que existen ciertas diferencias en lo que al objeto de la tutela cautelar se refiere y que la comparación ha de considerar. Dichas diferencias serán puestas de manifiesto a continuación.

El objeto de las medidas cautelares que presenta relevancia a los efectos del presente trabajo es el acto administrativo comunitario,⁴³⁹ categoría que peca todavía de impresión y cuyo contenido es plural. Ello es debido, entre otras razones, a la ausencia

⁴³⁶ V., singularmente, las sentencias 35,263; 35,382 (resolución de la Sección Primera de 18 de julio de 1973); 38,52 (57); 51,268 (284 ss.) (resolución de la Sección Primera de 13 de junio de 1979); 67,43 y 69,74.

⁴³⁷ BVerfGE 79,69 (74).

⁴³⁸ Fórmula denominada “Je-Desto” (“Cuanto más-entonces”). BVerfGE 35,382 (402); 38,52 (58).

⁴³⁹ Sobre este concepto véase la monografía de X. ARDOZ SANTISTEBAN, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Vitoria, 1998.

de una neta división de poderes en las Comunidades, circunstancia que supone que los actos emanados de las instituciones puedan ser equivalentes a tipos de normas que, en los ordenamientos jurídicos internos, poseen diferente rango.⁴⁴⁰ Además, el Tribunal de Justicia ha monopolizado tradicionalmente el control de todos los actos, sin distinción de rangos o categorías, asumiendo de esta manera funciones jurisdiccionales que en el interior de algunos Estados se atribuyen a órganos diferentes. En concreto, interesa la distinción de competencias entre los Tribunales Constitucionales y los Tribunales ordinarios. En fin, dado que existe un único Tribunal con el monopolio de la interpretación y la aplicación del Derecho comunitario, sin realizar distinguos materiales respecto de las diferentes ramas del Derecho, la doctrina que emana del mismo, en concreto la doctrina en materia de medidas cautelares, es, en principio, una doctrina uniforme aplicable ante cualquier Tribunal en cualquier tipo de litigio. Por ello, en este contexto, la comunicación entre lo que en los Estados se conoce como Derecho Procesal Administrativo y Derecho Procesal Civil es, si cabe, mayor que en los ordenamientos internos.

La clasificación de los actos a efectos de recursos – comprendidas las medidas cautelares – que suele adoptarse entre los estudiosos del Derecho comunitario no hace referencia, por tanto, al binomio actos administrativos clásicos y otro tipo de normas. La atención se centra, por el contrario, en el carácter vinculante o no vinculante de los actos comunitarios.⁴⁴¹ Sólo los actos vinculantes son, en principio, susceptibles de

⁴⁴⁰ Es cierto que en el panorama jurídico-positivo actual no se puede realizar un paralelismo estricto entre la teoría de la división de poderes y la de los actos producidos por cada uno de ellos. Ello no obstante, entiendo que, al menos de modo tendencial, sí puede sostenerse que cada uno de los poderes concebidos en sentido clásico operan, en la mayor parte de los casos, mediante formas jurídicas propias y específicas para los mismos.

⁴⁴¹ Esta distinción obliga a hacer referencia al concepto comunitario de “soft law”, respecto del cual se han elaborado diversas teorías sobre su naturaleza y sus efectos. Como referencias bibliográficas para una primera aproximación pueden mencionarse las siguientes: F. BEVERIDGE/S. NOTT, *A hard look at soft law*, en P. CRAIG/C. HARLOW, “Lawmaking in the European Union”, Kluwer, Dordrecht, 1998, pp. 285ss.; P. BONNOR, *The European ombudsman: a novel rule-source in Community administrative law*, Tesis del Instituto Universitario Europeo, Florencia 2001; M. CINI, *From soft law to hard law?: discretion and rule-making in the Commission's state aid regime*, EUI Working Papers, RSC 2000/35; R. DEHOUSSE, *EPC and the Single Act: from soft law to hard law?*, EUI Working Papers, EPU 90/1; B. FLYNN,

recurso, como se deduce de la regulación del sistema de recursos que contienen los Tratados⁴⁴² y sólo a estos actos es aplicable el sistema de tutela cautelar. Sin embargo, la categoría de los actos vinculantes es mucho más amplia que la noción clásica de actos administrativos, e incluye, como se indicaba más arriba, actos y normas que en los ordenamientos internos ostentan diferente rango.

Realizadas estas salvedades, y a reserva de intentar identificar en la jurisprudencia del Tribunal un régimen cautelar propio a los asuntos contencioso-administrativos, se ha de indicar que los actos comunitarios de los que el Tribunal deriva su doctrina cautelar gozan de los mismos privilegios de ejecutividad y de ejecutoriedad que los actos administrativos en Derecho interno.⁴⁴³ Estos privilegios entiendo se deducen directamente de la teoría del efecto directo, la supremacía y el efecto útil del Derecho comunitario y no del art. 254.3 TCE, referido exclusivamente a un cierto tipo de directivas y a las decisiones⁴⁴⁴.

Subsidiarity and the rise of "soft law" in EU environmental policy: beyond who does what, to what it is they actually do?, Colchester, Universidad de Essex, 1997; G.G. HOWELLS, *Soft Law in EC Consumer Law*, en P. CRAIG/C. HARLOW, cit., pp. 310ss.; D. MATTHEWS, *The role of soft law in the evolution of rules for a single European market: the case of retailing*, NIESR, Londres, 1994; F. SNYDER, *Soft law and institutional practice in the European Community*, en S. MARTIN (ed.), "The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël", Kluwer, Dordrecht, 1994; R. ALONSO GARCÍA, *El soft law comunitario*, RAP 154 (2001), pp. 63ss. Con carácter algo más general, v. D. SHELTON, *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, así como K. SPIESS, *Re-assessing soft law: the OSCE documents in the human dimension*, Tesis del Instituto Universitario Europeo, Florencia, 2000.

⁴⁴² Arts. 220ss. (antiguos artículos 164ss.).

⁴⁴³ V. al respecto T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Acto administrativo comunitario*, en L. PAREJO ALFONSO (y otros), "Manual de Derecho Administrativo Comunitario", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 215ss. Se ha de citar, además, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1994 (as. C-137/92), que reconoce la presunción de legalidad de los actos comunitarios, punto de partida de los privilegios a los que me vengo refiriendo.

⁴⁴⁴ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, cit., p. 215, indica acertadamente que la base legal de los privilegios de los actos administrativos comunitarios es el art. 254.3 TCE. Sin embargo, habría de reiterar que éste no es el objeto de la comparación, puesto que, desde el punto de vista funcional lo relevante a los efectos de este trabajo es el concepto más amplio de acto comunitario vinculante, que es aquel en torno al cual se ha desarrollado la tutela cautelar.

III.- LAS APORTACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA

La configuración de un estatuto constitucional europeo de la tutela cautelar derivado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva requiere incluir en el estudio las aportaciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.⁴⁴⁵ A pesar de que el Convenio no forma parte del Derecho de la Unión Europea en el estado actual de este Derecho⁴⁴⁶, la aplicación en el ordenamiento comunitario de las garantías que reconoce dicho instrumento jurídico ha sido una cuestión largamente discutida en la doctrina, a imagen del tratamiento recibido en el Tribunal de Justicia de las Comunidades.⁴⁴⁷

En el presente trabajo no puede más que realizarse una breve mención de esta materia, indicando cuáles son los elementos que pueden contribuir a la configuración del estatuto constitucional de las medidas cautelares en Europa. Un estudio exhaustivo requeriría analizar en detalle la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos y de la extinta Comisión de Derechos Humanos. Además, habría de precisarse cuál es el alcance de dichas resoluciones y, en concreto, cuál es su relevancia en el Derecho contencioso-administrativo en Europa, toda vez que el Convenio, como es sabido, no se refiere de forma expresa al Derecho Administrativo. Tras este análisis podría determinarse el estándar de la tutela cautelar en este contexto en relación con otros

⁴⁴⁵ Sobre las "columnas basilares" de los derechos fundamentales en Europa, v. L. MARTÍN-RETORTILLO, *La Europa de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1998. En concreto, v. "La Europa de los derechos humanos. (De la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al Convenio de Roma de 1950, pasando por el Tratado de Maastricht)", pp. 25ss.

⁴⁴⁶ Es posible que la situación cambie tras la adopción de la futura Constitución Europea, toda vez que el art. I-7, en su apartado 2, prevé por vez primera la posibilidad de que la Unión Europea se incorpore al Convenio.

⁴⁴⁷ Una exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en aplicación del Convenio se encuentra en E. GUILD/G. LESIEUR, *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights. Who said what, when?*, Kluwer, Dordrecht, 1998.

ordenamientos jurídicos en Europa. Pese a que existen ya algunos estudios sobre esta cuestión⁴⁴⁸, entiendo se trata de un ámbito aún por explorar.

1.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su relación con el Derecho comunitario

El Tribunal de Justicia de las Comunidades durante largo tiempo no consideró que el Convenio resultara de directa aplicación en los recursos sustanciados ante el mismo, sino que lo concebía como una mera fuente de inspiración.⁴⁴⁹ De hecho, en 1994 tuvo ocasión de emitir un dictamen, el nº 2/94, en el que ponía de manifiesto que no sólo el Convenio no forma parte del Derecho comunitario, sino que, además, si la Comunidad pretendía incorporarse al mismo, los Tratados habrían de ser reformados, dado que para este supuesto no resulta válida la cláusula general de atribución del antiguo art. 235 TEC (actualmente, art. 308).⁴⁵⁰

Ello no obstante, el Convenio sí ha encontrado cabida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien su aplicación no ha recibido un tratamiento homogéneo. Así, en ocasiones el Tribunal de Luxemburgo ha citado directamente determinados

⁴⁴⁸ Cfr. R. BERNHARDT, *Interim measures indicated by international courts*, Springer, Berlín, 1994; G. COHEN-JONATHAN, *De l'effet juridique des "mesures provisoires" dans certaines circonstances de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt Cruz Varas de la Cour EDH*, RUDH 1991, pp. 205ss.; M.-A. EISSEN, *Les mesures provisoires dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, RDH 1969, pp. 252ss.; G. KNOLL, cit.; R.St.J. MACDONALD, *Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights*, ZAÖRV 52 (1992), pp.703ss.; C.A. NORGAARD/H.C. KRÜGER, *Interim and Conservatory Measures under the European System of Protection of Human Rights*, en M. NOWAK/ D. STEURER/ H. TRETTER (eds.), "Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte. Progress in the Spirit of Human Rights: Festschrift für Felix Ermacora", Kehl am Rhein, 1988, pp. 109ss.

⁴⁴⁹ Especialmente desde la sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974, as. 4/73.

⁴⁵⁰ Nótese que el proyecto de Constitución Europea prevé la incorporación no de la Comunidad, sino de la Unión Europea.

artículos⁴⁵¹, mientras que en otras ha preferido referirse a las tradiciones comunes a los Estados Miembros, aun cuando éstas coincidieran con derechos reconocidos en el Convenio y éste hubiera podido ser alegado como fundamento jurídico para una determinada resolución. Por último, en alguna ocasión el Tribunal ha citado expresamente artículos del Convenio, pero se ha apartado de la interpretación que del mismo había establecido el Tribunal de Derechos Humanos.⁴⁵² De hecho, uno de los problemas que se plantean con la aplicación de los derechos reconocidos en el Convenio es la discrepancia entre los órganos de protección en uno y otro contexto, esto es, entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴⁵³

Tras las anteriores consideraciones se ha de indicar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contempla expresamente el derecho a la tutela cautelar, pero sí el derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en los artículos 6 y 13. Por el momento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado reticente a reconocer formalmente el vínculo entre ambos⁴⁵⁴, pero parece que en breve estará llamado a hacerlo.

⁴⁵¹ La primera vez que el Tribunal citó directamente un artículo del Convenio fue en el asunto *Rutili*, as. 36/75, de 28 de octubre de 1975.

⁴⁵² Cfr., por ejemplo, la sentencia de 4 de octubre de 1991, as. C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. v. Stephen Grogan y otros*. Fue un asunto relativo a la interrupción voluntaria del embarazo en un Estado, Irlanda, en el que el aborto es objeto de prohibición constitucional.

⁴⁵³ Sobre esta cuestión v. artículo colectivo S. DE LA SIERRA MORÓN y otros, *La Academia de Derecho Público. Crónica de su actividad*, RAP 45 (2002), pp. 454ss.

⁴⁵⁴ V. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la legitimidad de las medidas cautelares utilizadas por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La sentencia TEDH Cruz Varas y otros, de 20 de marzo de 1991*, ahora en "La batalla...", cit., pp. 345ss.

En efecto, existe un asunto pendiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el asunto *Senator Lines v. los 15 Estados Miembros de la UE*⁴⁵⁵. El asunto surge a raíz de una multa impuesta por la Comisión de las Comunidades Europeas a una empresa alemana, *Senator Lines*, debido a un abuso de posición dominante. La empresa alemana recurre dicha multa y solicita a la Comisión que le exima del deber de ofrecer aval bancario, aval que en la práctica posibilita la suspensión del acto impugnado. La Comisión desestima la petición y la empresa *Senator Lines* solicita al Tribunal de Primera Instancia que suspenda el acto impugnado, insistiendo en la imposibilidad de constituir aval bancario. El Tribunal de Primera Instancia desestima la pretensión, dado que no considera probada la imposibilidad de constituir el mencionado aval.⁴⁵⁶ Con esto, *Senator Lines* recurre esta decisión ante el Tribunal de Justicia, alegando la vulneración de determinados derechos procedimentales, como la presunción de inocencia o el derecho a un juicio justo, amparados por el art. 6 CEDH. El Tribunal de Justicia desestima el recurso.⁴⁵⁷ La empresa alemana recurre entonces ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando la incompatibilidad del sistema de tutela cautelar comunitaria con los artículos del Convenio y, en concreto, con los artículos 6 y 13. La demanda se dirige contra los quince Estados Miembros, toda vez que, como se ha indicado, la Comunidad no es todavía miembro del sistema del Convenio.

Las cuestiones deducidas de este caso son muchas e interesantes, habiendo de destacar singularmente el reconocimiento indirecto de la legitimación pasiva de la Comunidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como la cuestión específica del estatuto constitucional de las medidas cautelares comunitarias, desde el punto de vista de los derechos procesales reconocidos en el Convenio. Por esta razón

⁴⁵⁵ As. 56672/00. La demanda se encuentra publicada en *Human Rights Law Journal*, 2000, pp. 112ss. Sobre este auto puede verse también el comentario de A. CLAPHAM, *The European Union before the European Court of Human Rights*, en L. BOISSON DE CHAZOURNES/C. ROMANO/R. MACKENZIE (eds.), "International Organizations and International Dispute Settlement. Trends and Prospects", Transnational publishers, Ardsley (NY), 2002, pp. 73ss.

⁴⁵⁶ Auto de 21 de julio de 1999.

probablemente el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se está desarrollando con más lentitud que la que sería deseable. Parece que en los próximos meses el Tribunal examinará la cuestión y ofrecerá una respuesta, a no ser que la solución llegue por otros medios, como es un acuerdo entre las partes.

2.- Otros elementos de referencia

El Tratado de la Unión Europea, tras su reformulación por el Tratado de Amsterdam, y el proyecto de Constitución Europea sólo hacen referencia a uno de los instrumentos jurídicos - el Convenio -, emanados del seno del Consejo de Europa. Sin embargo, existen otros documentos que probablemente habrían de ser tenidos en consideración en la creación de un Derecho Administrativo Europeo en materia cautelar, dado que ponen de manifiesto la existencia de relaciones recíprocas entre los diversos órdenes. Este es el caso, por ejemplo, de la Recomendación nº R (89) 8, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de septiembre de 1989, que versa sobre la "*Tutela cautelar en materia administrativa*". El valor vinculante de las recomendaciones del Consejo de Europa es más que discutible. Sin embargo, pueden ser utilizadas para cristalizar las opiniones comunes de los Estados, las tradiciones constitucionales comunes, en ciertas ocasiones. Recordemos que las tradiciones constitucionales comunes son también, según el art. 6 TUE, así como según el art. I-7, apart. 3 del proyecto de Constitución Europea, fuente de inspiración para el Tribunal de Justicia de las Comunidades en la elaboración de su doctrina sobre los derechos fundamentales.

Esta Recomendación presenta un interés añadido para la presente comparación, cual es el haberse ya enfrentado a problemas de definición, como es el concepto de "acto administrativo", objeto de un amplio desarrollo en el apartado correspondiente al "Campo de aplicación" y punto de partida del conjunto de "Principios" que le siguen.

⁴⁵⁷ Auto de 14 de diciembre de 1999.

La Recomendación, que menciona la necesidad de proceder a la armonización de la materia, se inspira, como reza la Exposición de Motivos, en el “respeto del equilibrio de las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos”. La garantía concreta de este equilibrio se desarrolla en el denominado *Principio II*, que establece que al juez le ha de estar permitido valorar el conjunto de las circunstancias e intereses en presencia. Este sería por tanto uno el criterio que habría de presidir el estatuto constitucional de las medidas cautelares en el Derecho comunitario y, en consecuencia, de un futuro Derecho Administrativo Europeo en materia de medidas cautelares.

CAPÍTULO 5

EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

INTRODUCCIÓN

El régimen legal de las medidas cautelares presenta enorme similitud, en términos generales, en todos los ordenamientos, toda vez que responde a idénticas necesidades sociales y a un mismo afán por preservar las particularidades de cada supuesto concreto en un contexto procesal profundamente imbuido de casuismo.

En efecto, la aceleración del tiempo procesal, por los motivos que indiqué en la introducción, ha provocado un ingente desarrollo de la tutela cautelar en todos los ordenamientos, dado que el aumento del número de recursos y el consiguiente retraso en la resolución de los mismos suponen que la sentencia de fondo llegue, en buena parte de los casos, demasiado tarde. Este es el contexto sociológico al que me refiero en el primer epígrafe del presente capítulo y que ha justificado las reformas que se han sucedido en los pasados años. Al contexto sociológico se une, además, el contexto organizativo. Así, la tutela cautelar depende de la organización jurisdiccional de cada ordenamiento, organización en la que puede tener cabida o no un orden contencioso-administrativo diferenciado que se rige por una normativa también diferenciada.

Una de las características del régimen legal de la tutela cautelar en todos los ordenamientos es, por tanto, la mutabilidad a la que se ha visto sometida en los últimos tiempos. De dichas mutaciones se dará cuenta tras la ubicación contextual de la materia, no sin antes exponer brevemente cuál ha sido la evolución de la institución en cada uno de los sistemas.

Se ha de indicar, en fin, que la evolución del Derecho Administrativo lo es hacia una cada vez mayor especialización del mismo. De este fenómeno se han hecho eco las normas procesales y, en concreto, las normas reguladoras de las medidas cautelares. Así, junto al régimen general previsto en cada ley nacional de la jurisdicción contencioso-administrativa, se encuentra una pluralidad de regímenes particulares referidos a ámbitos jurídico-materiales concretos, como son el medio ambiente, el Derecho de extranjería, o la materia tributaria, materia ésta que siempre ha gozado de un tratamiento específico en la legislación. Indicaré, para terminar, que el presente capítulo es, a su vez, un capítulo instrumental y que la exposición del régimen legal se realiza con carácter general, dado que las particularidades del procedimiento y de las condiciones de adopción de las medidas cautelares se detallan en los capítulos correspondientes.

I.- EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA TUTELA CAUTELAR

La lentitud de la justicia es una obsesión compartida en todos los ordenamientos. Ya en 1919, en Francia, JAMPY observaba cómo *“todas las veces que se ha modificado el proceso contencioso-administrativo se ha hecho con la finalidad de acelerar el enjuiciamiento de los casos”*.⁴⁵⁸ Hoy, las alusiones al volumen de trabajo de los jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo son, desgraciadamente, un lugar común en la bibliografía.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Cfr. E. JAMPY, *La Jurisdiction des Référé dans le Contentieux Administratif*, Toulouse, 1919, p. 89. La obra en cuestión es una tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de París el 7 de junio de 1919 para la obtención del Doctorado en ciencias políticas y económicas.

⁴⁵⁹ Una reflexión sobre la sobrecarga cuantitativa y cualitativa de los Tribunales contencioso-administrativos en Alemania se encuentra en F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 3ª ed., 1998, pp. 40ss. En Francia, FÉVRIER presenta una comparación de la actividad de diversos órganos jurisdiccionales en 1997. Cfr. J.-M. FÉVRIER, *Recherches sur le contentieux du sursis à exécution*, L'Harmattan, París, 2000, pp. 521ss.

Existen estadísticas sobre la actividad de los jueces y Tribunales de lo contencioso y sus datos permiten comparar la situación en los diversos ordenamientos, constatando con ello el equiparable estado crítico de la justicia en todos los contextos. Los datos a los que me refiero se presentan a continuación, pero antes quisiera prevenir frente a generalizaciones precipitadas.

En primer lugar, los datos no aluden a la organización judicial, esto es, no indican las diferencias entre el número de jueces y magistrados que han de conocer de los asuntos.⁴⁶⁰ Esta precisión es importante si se quiere comparar la “rapidez efectiva” de cada juez. En segundo lugar, el método de elaboración de dichos datos puede variar, dado que el tratamiento de los asuntos sustancialmente idénticos en ocasiones es conjunto, mientras que en otros casos dichos asuntos se individualizan, precisamente a efectos estadísticos, ya que ello supone que cada juez estaría conociendo de un mayor número de procesos que si dichos asuntos se tratan como una unidad. Las estadísticas en ocasiones señalan cuál ha sido el tratamiento de este tipo de casos, pero mayoritariamente silencian este particular. Dicho todo lo anterior, se ha de indicar que Francia y España presentan datos absolutos equiparables, mientras que Alemania es una suerte de alumno aventajado, al menos en lo que al tiempo de resolución de recursos se refiere. El análisis de sus causas justificaría un estudio independiente, que habría de adentrarse no sólo en la configuración de la planta judicial, sino también en la aplicación de las normas procesales que, en la medida que doten de mayor agilidad, permitirán también una veloz resolución de los recursos.

El número de asuntos que llegaron a conocimiento de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos de primera instancia⁴⁶¹ en 2001 varía de un

⁴⁶⁰ Sobre la organización judicial contencioso-administrativa en España, así como sobre algunos ejemplos extranjeros, v. R. BOCANEGRA SIERRA, *Consideraciones sobre la planta de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Modelo español y modelos comparados*, Revista Jurídica de Cantabria, 1 (2002), pp. 63ss.

⁴⁶¹ Los *Verwaltungsgerichte* en Alemania; los *Tribunaux administratifs* en Francia; y los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en España.

Estado a otro.⁴⁶² Así, en Alemania se interpusieron un total de 191.345 recursos⁴⁶³, mientras que en Francia fueron 123.354⁴⁶⁴ y en España 77.347⁴⁶⁵. Puede entenderse que dicho volumen sería equiparable con las poblaciones de cada uno de los Estados, que alcanzan, respectivamente y de modo aproximado, los 80, 60 y 40 millones de habitantes. Sin embargo, se ha de tener en cuenta un dato más, cual es la reciente creación de los juzgados contencioso-administrativos de primera instancia en España, cuya actividad ha ido aumentando paulatinamente confirmando su asentamiento en la organización judicial española.⁴⁶⁶

El volumen de asuntos pendientes al finalizar el año en todos los Estados sigue las tendencias que se perciben en el número de recursos interpuestos. De esta manera, en Alemania se aprecia una reducción progresiva desde 1998 a 2001, siendo 239.376 los asuntos pendientes al finalizar el año 2001. En Francia, frente al 9,1 % de aumento del número de recursos ante los tribunales administrativos de primera instancia en 2001, el incremento de los asuntos pendientes fue del 0,9 % en 2001 respecto de 2000, circunstancia que indica que se resolvió un mayor número de asuntos que en el año anterior. En fin, en España, los asuntos pendientes al finalizar 2001 ascendían a 36.495, habiéndose producido una disminución del 4% en comparación con 2000. Dicha

⁴⁶² Los datos están extraídos de las siguientes fuentes: las publicaciones de la Oficina Federal de Estadística (*Statistisches Bundesamt*) en Alemania, en el sitio internet www.statistik-bund.de; las "cifras clave de la justicia" en Francia, accesibles en el sitio internet del Ministerio de Justicia francés, www.justice.gouv.fr. Existen también unos Anuarios estadísticos de la justicia publicados en "La documentation française"; la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 2002 para España, en el sitio internet www.poderjudicial.es.

⁴⁶³ Se aprecia una ligera reducción constante del número de recursos desde 1998.

⁴⁶⁴ Se ha producido un aumento del 9,1 % en relación al año 2000.

⁴⁶⁵ El aumento del número de recursos ha sido constante desde la creación de los juzgados.

⁴⁶⁶ Cfr. Memoria del CGPJ de 2002, p. 2.

disminución obedece al hecho de que la resolución de los asuntos ha sufrido una evolución constante, llegando a superar en 2001 el 100% respecto de los ingresados.⁴⁶⁷

En fin, en lo que a la tasa de pendencia se refiere, o bien, en lo relativo al tiempo necesario para obtener una sentencia de fondo, los datos arrojan resultados diferentes. En Alemania, en 2001, el 30% de los asuntos se resolvió en menos de 6 meses, mientras que el 49% fue resuelto en menos de 12 meses, indicando estos datos un porcentaje estable desde 1998. En Francia, el Ministerio de Justicia constata una media de 20,2 meses (20,3 en 2000) como plazo de resolución, mientras que en España dicho plazo medio es de 18 meses, plazo que ha sufrido una disminución constante en los últimos cuatro años.

La actividad de los órganos jurisdiccionales comunitarios no es equiparable a la de los órganos nacionales. Se ha de tener en cuenta que el primer juez comunitario es el juez nacional, y que los Tribunales de Luxemburgo operan en circunstancias especiales, en ejercicio de unas competencias que recuerdan, en la mayoría de los casos, a las competencias propias de los Tribunales Supremos o Constitucionales nacionales. Por esta razón, el aumento del número de recursos, a pesar de ser preocupante, no puede ser parangonable con la situación nacional. Ello es así especialmente si se tiene en cuenta la tendencia restrictiva del Tribunal de Justicia respecto a la delimitación de los recursos ante el mismo, tendencia que se aprecia de forma prístina en sus pronunciamientos relativos a la legitimación activa.⁴⁶⁸

Dicho lo anterior se ha de indicar que el número de recursos interpuestos ante el Tribunal de Primera Instancia en 2001 fue de 345, habiéndose resuelto 340 y quedando

⁴⁶⁷ Ello equivale a 486 asuntos resueltos por cada magistrado. Cfr. Memoria del CGPJ de 2002, p. 2.

⁴⁶⁸ Se ha de citar por paradigmática la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo de la Unión Europea*, as. C-50/00 P. Cfr. D. SARMIENTO, *La Sentencia UPA (C-50/2000), los particulares y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia*, Revista Española de Derecho Europeo, 3 (2002), pp. 531ss.

pendientes al finalizar el año 792.⁴⁶⁹ Debido precisamente al hecho de que el número de recursos es comparativamente inferior a los recursos interpuestos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en el Derecho comunitario existen estadísticas concretas sobre las demandas de medidas cautelares.⁴⁷⁰

Se ha de indicar, sin embargo, que las medidas cautelares no son un instrumento muy utilizado en los órganos jurisdiccionales de Luxemburgo, si bien es cierto que su uso se ha desarrollado paulatinamente desde el origen de las Comunidades, en especial en ámbitos como el contencioso de la función pública o el Derecho de la Competencia.⁴⁷¹ Así, en 1957 el Tribunal de Justicia sólo adoptó un auto de medidas cautelares⁴⁷², y la cifra no alcanzó la decena hasta el año 1980, fecha en la que fueron adoptados doce autos. En 1986 el número aumentó hasta 25⁴⁷³, reduciéndose mínimamente en años posteriores, sin percibirse un mayor uso en los primeros momentos de actividad del Tribunal de Primera Instancia (en 1989 éste adoptó exclusivamente dos autos y en 1990, tres). Sin embargo, las medidas cautelares presentan un auge en la década de los 90, motivado quizás por la creciente importancia del instituto jurídico en Derecho comunitario a raíz de la jurisprudencia *Factortame* y siguientes del Tribunal. En 2002, el Tribunal de Primera Instancia conoció de 20

⁴⁶⁹ Datos extraídos del Informe Anual del Tribunal, consultable en el sitio internet del mismo: www.curia.eu.int. El número de recursos sufrió un importante aumento en 1997, pero se estabilizó posteriormente. A consecuencia de lo anterior, el número de asuntos pendientes también se incrementó en 1997 y 1998, volviendo a su cauce en 1999.

⁴⁷⁰ En los ordenamientos nacionales es prácticamente imposible encontrar este tipo de datos, a no ser que se hayan realizado estudios específicos con una finalidad concreta, o bien se quiera analizar el desarrollo de la institución bajo un nuevo régimen jurídico. En el Consejo de Estado existe una oficina, el *Bureau de référés*, cuya competencia exclusiva es la preparación y seguimiento de este tipo de asuntos. Por ello disponen de información fiable en lo que al Consejo de Estado se refiere, pero también sobre la actividad de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos inferiores.

⁴⁷¹ Los datos que siguen han sido extraídos del CD-Rom "OJCD".

⁴⁷² Auto de 4 de diciembre de 1957, *Firma I. Nold K.G. c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, as. 18-57 R.

⁴⁷³ Algunos de ellos provocados por las medidas de transposición del Derecho comunitario en España y Portugal.

demandas de medidas cautelares, desestimando 19 y estimando exclusivamente una. En lo que respecta al Tribunal de Justicia, los datos son igualmente desalentadores. Así, en 2002 el Tribunal conoció de 8 asuntos relacionados con las medidas cautelares, 2 en primera instancia, y 6 en casación, de los cuales desestimó 7, incluyéndose el único asunto no desestimado en una categoría genérica que comprende no sólo las demandas estimadas, sino también aquellos asuntos que el Tribunal ha optado por archivar.⁴⁷⁴

Esta disparidad de datos y comportamientos plantea nuevas dudas sobre la idoneidad de transplantar un modelo de tutela cautelar, el comunitario, a los procesos que tienen lugar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, toda vez que el desarrollo de la institución parece estar más consolidado en estos últimos.

II.- RÉGIMEN LEGAL GENERAL

Los regímenes legales sobre tutela cautelar en los ordenamientos derivan de la organización jurisdiccional existente en cada uno de ellos. En este sentido, con carácter general, habría de diferenciarse entre aquellos sistemas que disponen de una jurisdicción u orden jurisdiccional especializado para las cuestiones contencioso-administrativas (sistemas dualistas, frente a los sistemas monistas) y que, por esta razón, se rigen por una normativa específica, de aquellos sistemas cuyos órganos jurisdiccionales conocen indistintamente de todo tipo de conflictos jurídicos.

Ello es importante desde diversos puntos de vista. Así, en primer lugar, la normativa específica puede prever una regulación asimismo propia de la tutela cautelar, o bien remitirse a la existente en el ámbito civil. Con ello se plantea la cuestión de la supletoriedad de la legislación procesal civil, cuestión ya tratada en el capítulo 2.

⁴⁷⁴ Cfr. Estadísticas del Informe Anual del Tribunal de Justicia relativo a 2002, p. 8.

En segundo lugar, independientemente de la norma aplicable, la existencia de una jurisdicción u orden jurisdiccional propios puede indicar asimismo diferencias en lo que a la procedencia de sus miembros se refiere.⁴⁷⁵ Así, por ejemplo, en España los magistrados de lo contencioso acceden a la carrera judicial mediante idéntico sistema que los jueces pertenecientes a otros órdenes, si bien es cierto que con posterioridad existe una especialización, pero sólo tras haber superado esta prueba común. En Francia la selección se realiza en la conocida Escuela de Administración Pública y, en función de los resultados obtenidos en la etapa de formación en la Escuela, los alumnos podrán optar a diversos puestos en la Administración Pública o en los Tribunales de lo Contencioso.⁴⁷⁶ En Alemania, en fin, la formación de base es más completa y los estudiantes la finalizan como “juristas completos” (*Volljuristen*), título que les habilita en teoría a ejercer cualquier profesión jurídica y para cuya obtención se exige el haber superado no sólo los exámenes, sino también las denominadas “estaciones” que no son sino prácticas realizadas en ámbitos jurídicos variados.⁴⁷⁷ Con ello se quiere indicar que la percepción de lo jurídico difiere en unos contextos y otros, y que la aplicación de la normativa sobre tutela cautelar divergirá en función de dichos parámetros culturales. En este sentido, pese a que las normas sobre tutela cautelar puedan presentar cierta similitud, por cuanto suelen ser todo lo genéricas que la realidad exige, la práctica muestra la existencia de variantes nacionalmente determinadas.

Alemania, Francia y España, a diferencia del sistema comunitario, disponen de jurisdicciones u órdenes jurisdiccionales específicos para las cuestiones contencioso-administrativas.

⁴⁷⁵ Sobre la extracción de los magistrados en Europa v. *La formation des magistrats*, publicaciones del Consejo de Europa, 1997 [versión inglesa: *The training of judges and prosecutors*].

⁴⁷⁶ Sobre la calidad de magistrado de los miembros de la jurisdicción administrativa en Francia, v. G. WOLFF, *Les magistrats*, RDP, 1991, pp. 1641ss. [p. 1644]. V. además R. ABRAHAM, *Les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, RFDA, 1988, pp. 207ss.

⁴⁷⁷ En la práctica, la elección se reduce a raíz de la calificación obtenida en el examen final, o *Staatsexamen*.

En Francia, hasta 1872 no se dota oficialmente al Consejo de Estado de estructura judicial⁴⁷⁸, estructura que se consolida en 1889.⁴⁷⁹ Aun así, se desarrolla un sólido cuerpo de Derecho Administrativo mediante la jurisprudencia del alto órgano jurisdiccional galo, en un modo que recuerda a la formación del Derecho en los ordenamientos denominados de "*common law*". Esta circunstancia podría llevar a afirmar que las semejanzas entre el Derecho Administrativo francés y el Derecho Administrativo en el Reino Unido, a pesar de ciertas discrepancias doctrinales, presentan más semejanzas que las que puedan percibirse entre el primero y otros ordenamientos continentales.⁴⁸⁰ De hecho, gran parte de la normativa que regula el Derecho Administrativo continúa hoy siendo de naturaleza jurisprudencial, habiendo sido objeto de regulación positiva materias de carácter institucional, como la organización judicial o determinadas especialidades de los recursos.

En España, hasta 1888 no se procede a la adopción de una ley de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁸¹, después de un arduo debate entre las fuerzas antagónicas liberales y conservadoras. El modelo de justicia retenida que había iniciado sus pasos en

⁴⁷⁸ En 1872, con la ley de 24 de mayo, la justicia retenida del Consejo de Estado se convierte en justicia delegada, eliminándose la hasta entonces existente capacidad de decisión del Jefe de Estado en los asuntos contencioso-administrativos. Sobre este momentum, personalizado en la figura de Edouard Laferrrière, puede consultarse el trabajo de P. GONOD, *Edouard Laferrrière, un juriste au service de la République*, LGDJ, París, 1997.

⁴⁷⁹ Con el denominado *arrêt Cadot*, el Consejo de Estado se erige en juez de derecho común para la primera instancia. Es el *arrêt* de 13 de diciembre de 1889, Rec. 1148, concl. Jagerschmidt.

⁴⁸⁰ Cfr. en un sentido más general J. ZILLER, *Administrations Comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, Montchrestien, París, 1993, pp. 297ss.

⁴⁸¹ Sobre la historia, la elaboración y las consecuencias de dicha ley, v. L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1975; Sobre la influencia de este proceso histórico en las actuales relaciones entre Administración y Tribunales, v. S. MUÑOZ MACHADO, *Reserva y control jurisdiccional de la Administración*, en S. MARTÍN-RETORTILLO (coord.), "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría", Civitas, Madrid, 1991, Tomo III, pp. 2741ss.

1845⁴⁸², a imagen del Consejo de Estado francés, no prosperará con la nueva ley, pero tampoco su estricto opuesto, el de justicia delegada. Se consolidará un sistema mixto, armónico, de posibles influencias krausistas, y lo hará, primero, en el seno del Consejo de Estado y, desde 1904, en el Tribunal Supremo.

En Alemania, la situación es más compleja, dado que la unificación del Imperio no se produce hasta 1871, circunstancia que obliga a una necesaria definición de la organización jurídico-pública y, con ello, de las normas que lo regulan. En 1863, en la región de Baden, se habían creado unos Tribunales, diferenciados de los Tribunales existentes hasta la fecha, encargados de controlar asuntos jurídico-públicos. Esta previsión se encontraba ya en la Constitución nonata de 1849, llamada "de Frankfurt" o "de la Paulskirche"⁴⁸³, que insistía además en la necesidad de proteger al ciudadano frente a la Administración. Sin embargo, como es conocido, dicha Constitución no prosperó y hubo de esperarse hasta 1863 para disponer de Tribunales privativos para las materias jurídico-públicas. El ejemplo de Baden fue seguido por otras regiones, consolidándose de este modo un organigrama plural, en el que cada Tribunal disponía de su propia ley reguladora.⁴⁸⁴ Finalmente, la unificación de estas normas tuvo lugar en 1960, fecha de adopción de la ley alemana de la jurisdicción contencioso-administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*). En el período de posguerra, entre los años 1945 y 1960, estuvieron vigentes leyes de la jurisdicción contencioso-administrativa adoptadas por las potencias encargadas del control de cada zona ocupada.⁴⁸⁵

⁴⁸² Sobre esta cuestión, v. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa: (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998.

⁴⁸³ Ello es así en alusión a la iglesia donde tuvieron lugar las discusiones y la redacción del texto, iglesia que es hoy sede de un interesante museo sobre la Revolución del 48 en Alemania y su evolución posterior.

⁴⁸⁴ Sobre esta evolución histórica puede verse en castellano S. GONZÁLEZ-VARAS, *La jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 29ss., en especial pp. 41-44.

⁴⁸⁵ V. al respecto la exposición de F. HUFEN, cit., pp. 37ss.

La planta judicial en estos ordenamientos se asemeja en gran medida, si bien es cierto que el tipo de competencias de cada instancia jurisdiccional varía. Así, existe una primera instancia: los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en España, los *Tribunaux Administratifs* en Francia y los *Verwaltungsgerichte* en Alemania.⁴⁸⁶ La segunda instancia la componen los Tribunales Superiores de Justicia en España, las *Cours Administratives d'Appel* en Francia y los *Oberverwaltungsgerichte* en Alemania. En esta segunda instancia ha de tenerse en cuenta la estructura territorial en España y Alemania, que determina que estos órganos jurisdiccionales culminen la organización jurisdiccional en el territorio en el que operan en los supuestos de aplicación del Derecho autonómico o federal, respectivamente. En fin, se encuentra el Tribunal Supremo en España, el Consejo de Estado en Francia y el Tribunal Administrativo Federal, el *Bundesverwaltungsgericht*, en Alemania, cuya función sería esencialmente veladora de la adecuada aplicación del Derecho, mediante el control de la actividad de los órganos jurisdiccionales inferiores y el establecimiento de pautas comunes de interpretación del ordenamiento jurídico. Es cierto que el panorama presentado peca de simplismo, dado que resultaría necesario, de un lado, ahondar en las características conformadoras de cada uno de los órganos jurisdiccionales a los que me he referido. Además, también los órganos de la segunda instancia o los Tribunales Supremos gozan de competencias en primera instancia ante determinados supuestos. Sin embargo, la presentación sucinta de dicha estructura resulta imprescindible a efectos instrumentales, toda vez que las referencias a la misma serán constantes no sólo en este capítulo, sino también en los sucesivos.

⁴⁸⁶ Para una primera aproximación a la organización judicial en Francia puede consultarse la edición anotada y comentada del Código de Justicia Administrativa de 2001. Cfr. C. LEPAGE/Ch. HUGLO, *Code de justice administrative*, Litec, París, 2001, que incluye abundantes referencias bibliográficas. Resulta inevitable referirse, además, al manual del profesor CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 9ª ed., 2001. En lo que respecta a Alemania, el libro de referencia obligada en castellano es el de S. GONZÁLEZ-VARAS, *La jurisdicción...*, cit. En alemán, se ha de aludir al clásico F. HUFEN, cit.

1.- El sistema español derivado de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998

El desarrollo de la tutela cautelar en España se ha visto determinado en los últimos tiempos por el contexto constitucional y comunitario, si bien responde a una evolución propia fruto de la historia y de las aportaciones doctrinales que se han ido sucediendo.⁴⁸⁷ Al igual que en otros ordenamientos, la suspensión continúa siendo la medida cautelar por excelencia, pero ha sufrido mutaciones en su régimen jurídico y se ha visto desplazada en ocasiones por otras medidas más adecuadas al contexto procesal actual.

⁴⁸⁷ Las monografías más destacadas, pese a que ya se indican como referencia en otros apartados del presente trabajo son, por orden cronológico, las siguientes: C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, *Suspensión de los actos administrativos por los tribunales de lo contencioso*, Montecorvo, Madrid, 1963; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid, 1986; C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 2ª ed. 1995; E. OSORIO ACOSTA, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995; M. BACIGALUPO SAGGESE, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999; M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999; F. J. RODRÍGUEZ PONTÓN, *Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso-Administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999. Los artículos y otras contribuciones sobre la materia son numerosísimos. Destacan los comentarios a la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, en especial los de C. CHINCHILLA MARÍN: *Medidas cautelares*, en "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998", REDA 100 (1999), pp. 863ss.; *La tutela cautelar*, en J. LEGUINA VILLA/M. SÁNCHEZ MORÓN (Dirs.), "Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 563ss.; *Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), cit., pp. 15ss. V., además, V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, *Las medidas cautelares*, en C. PICO LORENZO (dir.), "La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", CGPJ, Madrid, 1999, pp. 596ss.; J.R. FERNÁNDEZ TORRES, *Las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 2 (1999), pp. 154ss. Antes de la aprobación de la nueva ley, J. TORNOS MAS también dedicó diversos estudios a la materia: *La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Revista de Catalunya, 4 (1996), pp. 71ss.; *Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial*, REDA 61 (1989), pp. 119ss.; *Derecho a la enseñanza en la lengua materna y medidas cautelares positivas (Comentario al Auto del TSJ Cataluña de 17 dic 1993)*, REDA 81 (1994), pp. 121ss. En 1999 este autor se volvió a ocupar de la materia con la siguiente contribución: *La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público: extranjería, materia tributaria, función pública*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), cit., pp. 213ss. V., en fin, J. BARCELONA LLOP, *¿Pero de verdad existe la tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo?*, en "Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez", Universidad de Cantabria-Facultad de Derecho, Santander, 1993, vol. I, pp. 89ss. Ulteriores referencias de carácter más específico se ofrecen en otros apartados del aparato de notas.

Los orígenes de la suspensión se encuentran en la raíz del Derecho Administrativo, dado que esta institución deriva de la categoría central de la disciplina, cual es el acto administrativo y sus tradicionales privilegios.⁴⁸⁸ Algunos autores han constatado la existencia de antecedentes ya en el Antiguo Régimen, si bien hasta finales del s. XIX no se plantea directamente esta cuestión y se inserta en la legislación procesal administrativa.⁴⁸⁹ En efecto, el Congreso Jurídico Español de 1886⁴⁹⁰ trató por extenso esta cuestión, proponiendo una aplicación generosa de la suspensión⁴⁹¹, distinguiendo por materias en función de las necesidades identificadas en cada ámbito y estableciendo una serie de excepciones a la regla general de la suspensión⁴⁹², siguiendo por tanto un modelo que recuerda al actual modelo alemán. El tema de la tutela cautelar, sin embargo, no fue objeto de gran controversia en la época y el proyecto inicial permaneció prácticamente inalterado desde su origen hasta su aprobación final

⁴⁸⁸ Sobre dichos privilegios, sus características y las discrepancias sobre sus orígenes, v. capítulo 4.

⁴⁸⁹ Sobre los antecedentes y el desarrollo histórico de la suspensión de los actos administrativos, v. el completo estudio de J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, cit., pp. 60ss. La primera referencia directa en el Derecho positivo la encuentra este autor en el Real Decreto Orgánico de 4 de julio de 1861, cuyo art. 3 prevé la suspensión de la ejecución pero limitada a los negocios contenciosos de Ultramar. Más adelante, en el Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 30 de noviembre de 1870 se extendió el régimen de la suspensión a la península, indicándose que cabía la suspensión de las órdenes dadas por dicho Ministerio en los supuestos en los que la ejecución pudiera causar perjuicios a los intereses públicos o daño irreparable a los particulares. Cfr. también E. OSORIO ACOSTA, cit., pp. 17ss. Con carácter más general, v. también J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el s. XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973.

⁴⁹⁰ El Congreso fue organizado por la Junta de Gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y se celebró en Madrid los días 27 de noviembre a 11 de diciembre de 1886. El tema undécimo versaba sobre "lo contencioso-administrativo". Sobre dicho Congreso y sus repercusiones en la posterior ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888, v. L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración...*, cit., pp. 88ss. El texto de la ponencia sobre lo contencioso-administrativo del Congreso de 1886 se incluye en las pp. 573ss.

⁴⁹¹ Se proponía la suspensión salvo en los supuestos en los que el interés público justificara la ejecución. Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, cit., p. 91.

⁴⁹² Cfr. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, cit., pp. 82ss.

(sólo sufrió los necesarios ajustes requeridos en la redacción final de la ley), sin ser objeto de debate.⁴⁹³

La solución finalmente adoptada en la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888 fue la contraria a la propuesta en el Congreso. En efecto, el art. 100 de la misma rezaba como sigue:

"Los Tribunales de lo contencioso-administrativo podrán acordar, oído el Fiscal, la suspensión de las resoluciones reclamadas en la vía contenciosa cuando la ejecución pueda ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a las resultas, al que hubiere pedido la suspensión.

Si el Fiscal se opusiere a la suspensión, fundado en que de ésta puede seguirse perjuicio al servicio público, no podrá llevarse a efecto sin acuerdo del Gobernador o del Gobierno, según que la resolución reclamada proceda de la Administración local o provincial, o de la central, los cuales expondrán como fundamento de su acuerdo las razones que aconsejen tal medida.

Cuando de la suspensión de las resoluciones de que trata el párrafo anterior pueda seguirse menoscabo al servicio público, se limitará el Tribunal a dar curso a las pretensiones de suspensión, elevándolas con su informe al Ministerio o Autoridad a quien incumba resolverlas".

El artículo es coherente con sus antecedentes más inmediatos - el proyecto de la Comisión de notables de 1881 y el proyecto del Gobierno de 1886 - y reproduce casi en su literalidad las previsiones de los mismos.⁴⁹⁴

De la ley de 1888 pueden destacarse las notas que perseguirán a las medidas cautelares durante el siguiente siglo. Así, en primer lugar, y en consonancia con otras legislaciones nacionales y con la concepción del contencioso imperante en la época, sólo se prevé la suspensión como medida cautelar. En segundo lugar, el único criterio

⁴⁹³ Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, cit., p. 121.

⁴⁹⁴ Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, cit., p. 206.

de adopción de dicha medida es el denominado *periculum in mora* en su versión más restrictiva del “daño irreparable”.⁴⁹⁵ En tercer lugar, se exige contar con la opinión favorable del Fiscal (en el proyecto que llegó a la Comisión del Congreso esta figura conservaba el nombre de “defensor de la Administración”). Caso de no obtenerse dicho informe favorable, la suspensión sólo era posible con el acuerdo del gobernador o del Gobierno, con la consecuencia obvia de que pocos serían los supuestos en que dicha suspensión prosperara. Además se incluye la fianza como corolario del sistema, si bien su carácter automático no casaría hoy día con las exigencias de la tutela judicial efectiva.⁴⁹⁶ En fin, la ley incluye previsiones procedimentales específicas para los supuestos en los que la suspensión pudiera generar perjuicio al servicio público.

El 29 de diciembre de 1890 se aprobaría el Reglamento general para la ejecución de la ley de la Jurisdicción, cuyos artículos 188 a 193 desarrollan el art. 100 de la ley, centrándose en los plazos, la competencia y los recursos referentes a la suspensión.⁴⁹⁷ Se ha de indicar para concluir que el sistema de la ley de 1888 se mantuvo sin modificaciones en el texto refundido de 1952, cuyo art. 107 reprodujo el art. 100 de la ley anterior.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, como es sabido, jurisdiccionaliza el contencioso e introduce señeras modificaciones en el mismo.⁴⁹⁸ Ello tiene reflejo en la tutela cautelar, cuyo art. 122 preveía la suspensión de los actos administrativos cuando la ejecución hubiera de causar daños o perjuicios de reparación

⁴⁹⁵ Sobre la evolución del concepto de *periculum in mora* me remito a lo expuesto en el capítulo 7.

⁴⁹⁶ Al sistema de las garantías en la tutela cautelar me refiero en el capítulo 6.

⁴⁹⁷ Cfr. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, cit., pp. 90ss.

⁴⁹⁸ Sobre el significado de dicha ley puede verse en la literatura jurídica, entre otras muchas referencias, J.R. FERNÁNDEZ TORRES, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998 (véase, en especial, el capítulo I, pp. 33ss., que incorpora abundante bibliografía); E. GARCÍA DE ENTERRÍA/ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 6ª ed., 1999, pp. 554ss.; A. NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986.

imposible o difícil. La mutación general del contexto procesal en el que se va a ubicar la suspensión a partir de este momento (la ampliación de la legitimación activa, la ampliación del ámbito objetivo del proceso contencioso-administrativo o la especialización técnica de los magistrados) contribuirá a un desarrollo de esta institución más acorde con las exigencias de una tutela efectiva. Más en concreto, el legislador dulcifica el concepto de daño que justifica la suspensión, en la medida en que éste deja de ser únicamente irreparable, admitiéndose un daño difícilmente reparable.⁴⁹⁹ Además, la exigencia automática de fianza desaparece, así como también se elimina la intervención de la Administración que la ley de 1888 preveía para los supuestos en los que el fiscal se opusiere a la suspensión, dato este último que resulta coherente con la jurisdiccionalización del contencioso.

El mérito de la ley de 1956 en el momento de su elaboración no puede sino subrayarse. Ello no obstante, el paso del tiempo convirtió la regulación de la suspensión en un régimen caduco y anacrónico, inadecuado para la evolución social y jurídica de la época. Por ello, y en diálogo con la doctrina, la jurisprudencia interpretó el texto de la ley de forma generosa, en especial a raíz de la promulgación de la Constitución de 1978, para adaptarlo al nuevo contexto político.⁵⁰⁰ Así, se admitieron paulatinamente medidas cautelares distintas de la suspensión y se introdujo un nuevo criterio de adopción de las medidas, el *fumus boni iuris*.

La recepción de esta ampliación de la tutela cautelar ha sido recibida en la doctrina, por lo general, de forma favorable.⁵⁰¹ Sin embargo, cierto autores, como

⁴⁹⁹ Sobre esta cuestión, por extenso, vid. capítulo 7.

⁵⁰⁰ Sobre el diálogo entre doctrina y jurisprudencia generado tras la aprobación de la Ley de 1956, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/ T.R. FERNÁNDEZ, cit., p. 556.

⁵⁰¹ Cfr. singularmente E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., *passim*. Esta idea es una constante en la obra del autor y se recoge en otros escritos, como en su *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, cit., pp. 624ss., o, anteriormente, en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989.

REQUENA LÓPEZ, insistieron en su día en el hecho de que el antiguo sistema no había sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional y que, hasta que ello no sucediera o se aprobara una nueva normativa, los jueces no podían adoptar decisiones que pertenecen al legislador.⁵⁰²

Con estos precedentes se elabora una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la ley 29/98, de 13 de julio, que incorpora ocho artículos sobre las medidas cautelares e introduce novedades con respecto al régimen anterior.⁵⁰³ La nueva regulación codifica la jurisprudencia administrativa en la materia y es fruto de la concepción de la tutela cautelar como derivación de la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 CE según interpretación del Tribunal Constitucional.⁵⁰⁴

De este régimen destaca en primer lugar el *numerus apertus* de medidas cautelares que pueden adoptarse, superándose por tanto la restricción de la normativa anterior, en

⁵⁰² Vid. T. REQUENA LÓPEZ, *Sobre una tendencia (iuspublicista) «minimalista» del poder de la Administración*, «Revista Andaluza de Administración Pública», n° 32 (1997), p. 11s.

⁵⁰³ Sobre el proceso de elaboración de la Ley, v. J. LÓPEZ MEDEL, *La Elaboración Parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano, 2001. Sobre las medidas cautelares, v. pp. 181ss. Como es sabido, a la Ley de 1998 precedió en 1995 un Proyecto que decayó con la finalización de la legislatura y la convocatoria de elecciones, en las que vencieron fuerzas políticas de signo distinto a las que habían elaborado el Proyecto de 1995. Sobre dicho Proyecto ha existido un conocido intercambio de opiniones entre el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, de un lado, y los profesores LEGUINA, ORTEGA y SÁNCHEZ MORÓN, de otro. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la situación de la justicia administrativa y sobre su reforma (réquiem por un proyecto de ley)*, Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), diciembre de 1995 [ahora en el libro "Democracia, jueces y control de la Administración", Civitas, Madrid, 1998, pp. 255ss.; del mismo autor, *Sobre la reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: una réplica*, Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), junio de 1996 [ahora en "Democracia...", cit., pp. 263ss.]; y, en fin, *Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el "modelo constitucional"*. Nota última, en "Democracia...", cit., pp. 301ss.; J. LEGUINA VILLA/ M. SÁNCHEZ MORÓN/ L. ORTEGA ÁLVAREZ, *¿Parón a la reforma de la justicia administrativa?*, Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), octubre de 1996, pp. 6ss.; de los mismos autores, *La polémica con el profesor García de Enterría*, Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), octubre de 1996.

⁵⁰⁴ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley, en la que se afirma que "[s]e parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario". Esta cuestión fue ampliamente desarrollada en el capítulo precedente.

la que sólo se admitía la suspensión.⁵⁰⁵ Se ha de indicar, además, que se mantiene la ausencia de efecto suspensivo de los recursos, pese a que algún autor considere que la suspensión ha de ser una consecuencia general de la interposición de los recursos, que sólo excepcionalmente perdería su aplicación por motivos de interés público.⁵⁰⁶

Se ha planteado alguna duda, sin embargo, respecto de las medidas cautelares que cabe adoptar en los recursos frente a reglamentos.⁵⁰⁷ En general puede decirse que en España actos administrativos y reglamentos se ven sometidos al mismo régimen jurídico en lo que a la tutela cautelar se refiere, dado que la ley en ningún momento precisa que hayan de ser objeto de un tratamiento diferenciado (más allá de los límites naturales que la lógica y la aplicación práctica puedan imponer). No obstante, el art. 129.2 LJ, que alude al momento procesal en que ha de solicitarse la suspensión de las disposiciones generales, se refiere, precisamente, a la suspensión y no a otras medidas cautelares. Por esta razón algún autor se ha preguntado si cabe la adopción de otras medidas cautelares frente a los reglamentos.

Es cierto que resulta difícil imaginar una medida cautelar distinta de la suspensión que haya de ser aplicada en los recursos contra reglamentos, toda vez que ello conllevaría un poder configurador del juez que pudiera rozar los límites de su competencia para controlar al ejecutivo.⁵⁰⁸ Sin embargo, estas objeciones parten de la base de una medida cautelar de contenido idéntico o casi idéntico a lo que pudiera ser la

⁵⁰⁵ Cfr. art. 129.1 LJ, que se refiere a "*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*".

⁵⁰⁶ Cfr. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, CEC, Madrid, 1992, p. 433.

⁵⁰⁷ Cfr. M. BACIGALUPO, cit., pp. 158ss., que rechaza la posibilidad de adoptar otras medidas distintas de la suspensión, aludiendo al texto normativo; C. CHINCHILLA, *Medidas cautelares*, cit., p. 867, que considera que el art. 129.2 LJ no incluye sino una (desafortunada) precisión procedimental; M. FUERTES, *Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*, RAP 157 (2002), pp. 57ss.[p. 62], que defiende una interpretación acorde con la propuesta por BACIGALUPO.

⁵⁰⁸ En este sentido, vid. M. BACIGALUPO, cit., pp. 158ss.; M. FUERTES, cit., p. 63.

resolución de fondo. Así, dado que al juez sólo le está permitido anular el reglamento impugnado, sin poder indicar a la Administración cuál hubiera de ser el sentido de un nuevo reglamento, la resolución cautelar ha de seguir este esquema. Sin embargo, la teoría de la tutela cautelar admite, además, una serie de instituciones (entre las que destacan aquellas que presentan afinidad con los medios de prueba)⁵⁰⁹ destinadas a preservar el objeto del pleito, a proteger las situaciones jurídicas que pudieran resultar afectadas por el mismo, sin modificar el *statu quo ante* y que tratan de garantizar la efectividad de la sentencia. Por esta razón no parece que hayan de cercenarse las posibilidades que en materia de tutela cautelar ofrece la nueva Ley de la Jurisdicción.⁵¹⁰

Se ha de considerar, además, que según la Exposición de Motivos de la Ley :
“(...) la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias”. En consonancia con lo expuesto en los párrafos anteriores, la propia Ley insiste en la existencia de un fundamento común para todas las medidas cautelares, incluidas aquellas adoptadas frente a las disposiciones generales. Así, la suspensión, sea de los reglamentos o de los actos administrativos, no puede considerarse como la única medida cautelar admisible, sino que cabe la adopción de cualquier tipo de medida.

La objeción de Derecho positivo derivada del art. 129.2 LJ también puede ser salvada. El art. 129.2 exige que la solicitud de la suspensión de una disposición general se realice en el escrito de interposición de la demanda. A mi juicio, este precepto no es

⁵⁰⁹ V. sobre esta cuestión el capítulo 2.

⁵¹⁰ Al respecto resulta de interés reproducir las palabras de C. CHINCHILLA: *“Aunque es lógico que en el mayor número de los casos de impugnación de disposiciones generales la medida cautelar apropiada para garantizar la efectividad de la tutela judicial sea la suspensión, y aunque también, como regla general, pueda entenderse que ello es una exigencia derivada de la naturaleza normativa del acto impugnado, no puede descartarse que en algunos casos las medidas necesarias para garantizar la efectividad del recurso puedan ser otras”*. Cfr. C. CHINCHILLA, *Las medidas cautelares*, cit., p. 867.

sino una especificidad procesal respecto del régimen general según el cual la medida cautelar puede solicitarse en cualquier estadio del procedimiento (art. 129.1 LJ). Dada la repercusión que comporta la suspensión de una disposición general, el legislador ha considerado oportuno que ello se solicite desde el principio y que el juez haya de conocer de la cuestión en primer lugar. Sin embargo, la solicitud de otras medidas cautelares distintas de la suspensión puede tener lugar, entiendo, en cualquier estadio del procedimiento, siguiendo por tanto el régimen general que establece el art. 129.1 y que no se restringe a los actos administrativos.

Realizadas las anteriores observaciones, expondré someramente el régimen legal de medidas cautelares en la ley española a efectos de contextualizar la comparación posterior. La explicación detallada de cuestiones como el desarrollo procedimental, el *periculum in mora* o el *fumus boni iuris* o se ofrece en los capítulos 6, 7 y 8, respectivamente.

La Ley de la Jurisdicción distingue dos modelos de tutela cautelar en función del objeto del recurso. Así, frente a la vía de hecho y la inactividad de la Administración, el legislador ha previsto un régimen privilegiado caracterizado por un *fumus* asimismo privilegiado.⁵¹¹ En efecto, el art. 136 establece que en estos supuestos se adoptará la medida cautelar solicitada salvo apreciación evidente de la no concurrencia de los requisitos que constituyen la vía de hecho y la inactividad, así como, siguiendo el tenor general de la ley, en aquellos casos en que la ponderación del interés particular con los intereses generales o de tercero justifique la no adopción de la medida. Se están penalizando irregularidades groseras de la Administración, incluyéndose una suerte de presunción *iuris tantum* en contra de la legalidad de la actuación administrativa y a favor, por tanto, del recurso del particular.

⁵¹¹ V. capítulo 8, apart. I 4.

Lo anterior no conlleva, sin embargo, que el régimen general de las medidas cautelares, previsto en el art. 130 LJ, para todos los recursos distintos del generados a raíz de la vía de hecho o la inactividad de la Administración, no contemple el *fumus boni iuris* como condición de adopción de las medidas, así como tampoco significa que el régimen especial del art. 136 LJ haya olvidado el criterio del *periculum in mora*. Ambos criterios se deducen de la propia definición de las medidas cautelares, que surgen como respuesta a los perjuicios que la mora pueda causar en las situaciones jurídicas afectadas por el proceso.⁵¹² El art. 136 LJ no conlleva, por tanto, sino una precisión en lo que al contenido del *fumus* se refiere, toda vez que este criterio admite diversas interpretaciones, tal y como se deduce de su evolución histórica, de su función en los diversos ordenamientos jurídicos, así como de su caracterización en cada uno de los ámbitos materiales en los que opera.

Carmen CHINCHILLA considera, sin embargo, que el legislador ha querido plasmar únicamente el *periculum in mora*, criterio que encontraría reflejo en la fórmula legal de “hacer perder su finalidad legítima al recurso”.⁵¹³ Para ello se refiere, entre otras cuestiones, a la interpretación que el Tribunal Constitucional ofrece del art. 56 de su propia Ley Orgánica, según la cual se suspenderá la ejecución del acto impugnado en los supuestos en los que dicha ejecución “hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad”. Es cierto, como indica la autora, que el Tribunal Constitucional ha interpretado dicho precepto con el concepto tradicional de los daños de difícil o imposible reparación.⁵¹⁴ Sin embargo, dicho Tribunal, en jurisprudencia constante, y a

⁵¹² Cfr. capítulo 2.

⁵¹³ Cfr. C. CHINCHILLA, *Las medidas cautelares*, cit., p. 871. La autora critica, además, el empleo del término “legítimo”, dado que considera que el fin de todo proceso es un fin legítimo. Entiendo, sin embargo, que el legislador, al referirse al fin legítimo del recurso, ha querido hacer hincapié en la protección de situaciones jurídicas que resultarían inoperativas de no obtener una respuesta procesal adecuada en un plazo también adecuado.

⁵¹⁴ Cfr. C. CHINCHILLA, *Las medidas cautelares*, cit., p. 872.

pesar de que de dicho artículo no se deduzca directamente el *fumus boni iuris*⁵¹⁵, viene exigiendo la concurrencia de este criterio.⁵¹⁶

En la anterior exposición se ha dado cuenta de las características del régimen de la tutela cautelar previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, como en otros ordenamientos, ciertos sectores materiales del Derecho han sido objeto de regulaciones específicas para hacer frente a exigencias concretas de la realidad sobre la que operan. De dichas regulaciones específicas se ocupa el apartado III del presente capítulo, pero ahora se ha de aludir a una especialidad de origen procesal que, a pesar de haber quedado ya derogada, presenta interés. Me refiero al régimen especial de los derechos fundamentales de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Como es sabido, dicha Ley dotaba de una protección preferente y sumaria a los derechos fundamentales en ella indicados, ofreciendo un régimen privilegiado a la tutela cautelar frente a los actos administrativos. Así, el art. 7.4 de la Ley admitía la suspensión automática del acto impugnado, a menos que los intereses generales justificaran, mediante una adecuada ponderación, la ejecución del acto.⁵¹⁷ Dicho régimen especial ha desaparecido con la Ley de la Jurisdicción de 1998, que ha establecido un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 114-122), respondiendo así al mandato constitucional del art. 53.2, que introduce un

⁵¹⁵ De hecho, también es cierto que en el ATC 57/1981, de 3 de junio, FJ 2º, se establece que “la Ley no exige el mayor o menor fundamento del recurso como circunstancia que deba valorarse para acordar o no la suspensión”. Apud J. VECINA CIFUENTES, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 1993, pp. 217-218.

⁵¹⁶ Cfr. J. VECINA CIFUENTES, cit., p. 218.

⁵¹⁷ Sobre esta materia, v. J. DÍAZ DELGADO/ V. ESCUIN PALOP, *La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la LPJDF*, RAP 117 (1988), pp. 193ss. Centrándose en el criterio de la ponderación de intereses, v., además, F.J. RODRÍGUEZ PONTÓN, cit., pp. 70ss.

recurso previo al de amparo ante los Tribunales ordinarios.⁵¹⁸ Con ello termina en el Derecho positivo el régimen privilegiado, pero ello no obsta para que los jueces continúen estimando que los derechos fundamentales constituyen un delicado ámbito que justificaría un tratamiento diferenciado respecto de otras materias. La jurisprudencia, como se muestra en los capítulos 7 y 8, realiza distinguos entre sectores del ordenamientos a efectos de integrar el *fimus* y, con mayor frecuencia, el *peniculum*. Es posible, por tanto, y quizás deseable, que otro tanto acaezca con los derechos fundamentales.

2.- El Derecho francés tras la reforma de 2000

El Derecho francés se distingue, según algunos autores que se han acercado al mismo desde otro ordenamiento jurídico, por su *mentalité*.⁵¹⁹ Ésta impregnaría (en un modo muy cercano al *espíritu* de MONTESQUIEU) los valores, el procedimiento legal, la forma de las normas y la actitud hacia el Derecho.

Junto a la *mentalité* habría de destacarse el conocido carácter paradigmático del Derecho francés, modelo que durante largo tiempo ha ejercido influencia en numerosos ordenamientos de la vieja Europa, pero que inició una crisis en los años 60 derivada de su inadaptación al desarrollo jurídico y social.⁵²⁰ Junto a la crisis endógena del modelo, existen paralelamente una serie de circunstancias exógenas que determinan que la evolución del Derecho francés en esta época de cambios quede marcada por

⁵¹⁸ Sobre la necesidad de que la protección de los derechos fundamentales venga dada por los Tribunales ordinarios, v. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Contra el recurso de amparo*, en "Materiales para una Constitución", Akal, Madrid, 1984, pp. 193ss. También en Francia existe un procedimiento específico y sumario en materia de derechos fundamentales: el *référé-liberté*, que en cierto modo pudiera ser equivalente a este recurso previo, preferente y sumario regulado en la Ley española de la Jurisdicción.

⁵¹⁹ Cfr. J. BELL y otros, *Principles of French Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, p. 1.

⁵²⁰ Sobre esta crisis y sus repercusiones en el Derecho español, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma*, en "Hacia una nueva justicia administrativa", Civitas, Madrid, 1989, pp. 71ss.

dichos elementos foráneos. Así, la Convención Europea de Derechos Humanos⁵²¹ y el Derecho comunitario, ya parte del Derecho francés aun a pesar de ciertas reticencias⁵²², inciden en las normas, las instituciones y los procedimientos administrativos, afectando necesariamente a la teoría general del Derecho Administrativo. En efecto, la modificación de las reglas procedimentales no puede significar que la teoría que les sirve de sustento quede impoluta.⁵²³

Una institución jurídica, la tutela cautelar, es ejemplo de las ideas que se han expuesto en las líneas precedentes. La tutela cautelar viene a dar respuesta, por un lado, a la crisis del Derecho Administrativo francés y, en concreto, a la crisis de su sistema de control contencioso-administrativo.⁵²⁴

⁵²¹ La Convención entra en vigor en Francia en 1974 y siete años más tarde, en 1981, se acepta la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para conocer de recursos individuales. Sin embargo, en materia de Derecho Administrativo, habrá que esperar hasta 1989 para que el Consejo de Estado reconozca la primacía de los Tratados Internacionales sobre la ley interna posterior (CE 20 octubre 1989, *Nicolo*, RUDH 1989, 263, Concl. Frydman). Para las repercusiones del Derecho comunitario en Derecho francés rige la doctrina general del TJCE sobre las relaciones entre la Comunidad y los Estados Miembros.

⁵²² La doctrina francesa no ha mostrado gran interés hasta bien tardíamente por el estudio de la influencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno. Antes al contrario, su preocupación inicial fue la de determinar hasta qué punto el Derecho francés (de raíces esencialmente *franco-francesas*, según la calificación irónica de FLAUSS) había servido de paradigma del nuevo orden jurídico que surge de las Comunidades Europeas, tal y como había sucedido años antes con otros ordenamientos. Cfr. J.F. FLAUSS, *Rapport français*, en "Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß (Administrative Law under the influence of European Law)", Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 31ss. [especialmente, pp. 31 y 113].

⁵²³ FLAUSS sin embargo sostiene que si bien el Derecho comunitario ha influido decisivamente en los regímenes administrativos, su impronta no ha sido excesivamente notable en las teorías generales del Derecho Administrativo. Cfr. J.F. FLAUSS, cit., p. 33. El estudio del fenómeno de la comunitarización o europeización del Derecho interno es por tanto reciente, si bien despierta mayor interés a medida que la impronta comunitaria se va haciendo más patente. Algunos autores apuntan incluso a una posible incidencia del cambio generacional (Cfr. S. HUBAC/Y. ROBINEAU, *Droit administratif: vues de l'intérieur*, Pouvoirs, 46 (1988), pp. 120ss.) y, por esta razón, FLAUSS propone al hurón de RIVERO una nueva contribución inocente para abrir los ojos a todos aquellos que insisten en perpetuar su ceguera ante un fenómeno que no puede ya pasar desapercibido (Cfr. J.F. FLAUSS, cit., p. 110).

⁵²⁴ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una justicia...*, cit., pp. 155-166.

El desarrollo de la tutela cautelar en Francia ha encontrado dificultades debido a la fuerte impronta del carácter ejecutivo de los actos administrativos, considerado por el Consejo de Estado como regla fundamental del Derecho Público.⁵²⁵ El interés general ha justificado durante largo tiempo las dificultades para obtener la adopción provisional de medidas que impidieran la ejecución del acto administrativo. A diferencia de los recursos ante el en Francia denominado juez judicial, en el ámbito de lo público los jueces siempre se han mostrado reticentes, a pesar de las reclamaciones de la doctrina. Sin embargo, paulatinamente se ha ido incorporando esta institución, primero admitiendo la anticipación de la prueba en algunos casos (*constat d'urgence*), después permitiendo la suspensión de los actos administrativos (*sursis à exécution*) y, por último, incorporando la posibilidad de solicitar una pluralidad de medidas cautelares (*référé*), incluso logrando que la Administración pagara las deudas de cuya existencia no había serias dudas, antes de la sentencia de fondo (*référé-provision*). El Consejo Constitucional considera la suspensión de la ejecución de los actos administrativos como garantía esencial de los derechos de defensa⁵²⁶ derivándolo del art. 34, apart. 3 de la Constitución Francesa, pero el Consejo de Estado se muestra más reticente, considerándolo una regla más del procedimiento, sin una relevancia mayor que el resto de normas.⁵²⁷

El *référé* es una institución procedente del ámbito procesal civil, cuya existencia se remonta al s. XVII y que hoy se encuentra regulado en los arts. 808ss. del nuevo

⁵²⁵ CE Ass.: 2 julio 1982, *Huglo et Lepage-Jessua*, conclusiones Biancarelli, AJ 1982, pp. 657ss. En concreto, p. 660. Sobre dicha regla y su significado en el desarrollo de la tutela cautelar, v. el clásico M. TOURDIAS, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, LGDJ, París, 1957, pp.5ss. Más recientemente v. O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, París, 1991, pp. 208ss.; J.-M. FÉVRIER, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, L'Harmattan, París, 2000, pp. 41ss. En lo que respecta a los orígenes de los privilegios administrativos en Francia, v. J.-L. MESTRE, *Les fondements historiques du droit administratif français*, EDCE 34 (1982-1983), pp.63ss.

⁵²⁶ CC 86-224 DC de 23 enero 1987. V. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, en "La batalla...", cit., pp. 273ss. Para un estudio más detallado de esta cuestión me remito al capítulo 4.

⁵²⁷ Sentencia *Huglo*, cit.

Código de Procedimiento Civil.⁵²⁸ A pesar de quienes consideraban este tipo de medidas como una mengua para el interés general, vistos los buenos resultados de esta institución para agilizar el funcionamiento de la justicia, se optó por su incorporación al proceso contencioso-administrativo.⁵²⁹ Ello tuvo lugar de mano de la jurisprudencia⁵³⁰, primero por los Consejos de Prefectura (al principio con ciertas reticencias del Consejo de Estado) y más adelante por el propio Consejo de Estado. Con la *ordonnance*⁵³¹ de 31 de julio de 1945 se atribuyó a la Sección de Contencioso del Consejo de Estado la facultad de adoptar, en caso de urgencia, todo tipo de medidas útiles para el proceso. En 1955, la ley de 28 de noviembre confirió la competencia a los Tribunales Administrativos, competencia extendida a los Tribunales Administrativos de Apelación en el momento en que fueron creados.⁵³²

Con posterioridad se produjeron modificaciones en el régimen jurídico de esta institución. Así, en 1988, el Decreto n° 88-907, de 2 de septiembre, incorporó el denominado *référé-provision*⁵³³, tipo de *référé* cuya concesión no requiere la concurrencia de la urgencia y que supone un choque frontal frente a los tradicionales privilegios de la Administración. El mismo Decreto eliminó también el criterio de la urgencia para el entonces recién creado *référé-instruction*⁵³⁴, consistente en la adopción de determinadas

⁵²⁸ Ch. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, Dalloz, París, 7ª ed., 1999, p. 405. Además, sobre los orígenes de la tutela cautelar en Francia, v. Ch. DEBBASCH, *Procédure contentieuse et procédure civile*, París, 1962.

⁵²⁹ Ch. DEBBASCH/J.-C. RICCI, cit., p. 404.

⁵³⁰ Se ha de destacar que durante largo tiempo no se distinguía entre *constat d'urgence* y *référé*. RCHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 8ª ed., 1999, pp. 1111-1112. Probablemente por esta razón la doctrina trata ambos institutos conjuntamente, separándolos del *sursis*.

⁵³¹ El término *ordonnance* en francés tiene dos acepciones. Por un lado hace referencia a las disposiciones generales con fuerza de ley que emanan del ejecutivo. Por otro, alude a determinadas resoluciones judiciales equivalentes en Derecho español a los autos y las providencias.

⁵³² Ch. DEBBASCH/J.-C. RICCI, cit., p. 405.

⁵³³ Art. R. 129 CTA-TAA.

⁵³⁴ Art. R. 128 CTA-TAA.

medidas de peritaje o de instrucción útiles para el conocimiento de hechos litigiosos. Con la creación de este tipo de *référé* algún autor se ha preguntado cuál es era el sentido de conservar el *constat d'urgence*, dado que ambos institutos parecían responder a idénticas situaciones.⁵³⁵ En fin, en 1995 se ampliaron los poderes del juez, dotándole de competencias para dirigir órdenes de mando a la Administración.⁵³⁶ Esta sucesión de modificaciones, sin embargo, no alcanzan a configurar un sistema completo y coherente, tal y como venía siendo reclamado por la doctrina.⁵³⁷

Con todo ello se llega a 2000, año en que se producen importantes reformas en el Derecho francés y que afectan, entre otras cuestiones, a las medidas cautelares.⁵³⁸ El 4 de mayo de 2000 se aprobó el denominado "Código de Justicia Administrativa", que entró en vigor el 1 de enero de 2001 y que unificaba la normativa previamente existente aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa. Dado que se trataba de lo que en Francia se conoce por *codification à droit constant*, la nueva norma no podía modificar el Derecho, sino únicamente recopilarlo. Más adelante se aprueba una ley, la ley nº 2000-597, de 30 de junio de 2000, *relativa al référé ante las jurisdicciones administrativas*, desarrollada por un reglamento, el decreto nº 2000-1115, de 22 de noviembre de 2000, *en aplicación de la ley nº 2000-597 de 30 de junio de 2000, relativa al référé ante las jurisdicciones administrativas y que modifica el Código de justicia administrativa*. Con ambos textos se introducía un sistema de tutela cautelar en Francia, sistema que se introduciría en el Libro V del recién aprobado Código de Justicia Administrativa, en sustitución del Derecho codificado poco tiempo antes.

⁵³⁵ Ch. DEBBASCH/J.-C. RICCI, cit., p. 416.

⁵³⁶ Esta reforma ha sido objeto de comentario en España. V. T.-R. FERNÁNDEZ, *Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (La ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés)*, REDA 91 (1996), pp. 385ss.

⁵³⁷ A título de ejemplo, v. M.-A. LATOURNERIE, *Les choix du législateur de 1995 en matière de sursis à exécution des décisions administratives*, RFDA 12 (1), enero-febrero 1996, pp. 31ss.

⁵³⁸ A dicha reforma me he referido ya en el artículo *En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia*, REDA 116 (2002), pp. 557ss.

Es la primera alteración que sufre esta joven norma y su singular calado se aprecia ya en el cambio de rúbrica. La expresión tradicional “procedimientos de urgencia” – que cubría la suspensión del acto, o *sursis à exécution*, el *référé* y la constatación de hechos o *constat d'urgence* – fue sustituida por lo que hasta entonces designaba una de sus subcategorías: el *référé*. El *référé* se convierte de este modo en la designación genérica de las medidas cautelares del régimen común del contencioso-administrativo, si bien continúan existiendo modalidades propias a determinados procedimientos.

La nueva regulación de la tutela cautelar surge de un grupo de trabajo creado en el seno del Consejo de Estado, que elevó sus conclusiones al Parlamento. Contrariamente a la tradición, el Consejo no introdujo modificaciones por medio de su jurisprudencia, dado que ello hubiera requerido pleitos aptos para generar las resoluciones deseadas, confirmando el carácter incompleto y parcial de la tutela cautelar que los autores venían denunciando desde hacía tiempo. Además, frente a la evolución histórica del Derecho administrativa francés, en la actualidad el Derecho escrito, de origen legal o parlamentario, está adquiriendo un protagonismo del que carecía hasta la fecha.

El sistema establecido, por tanto, es un sistema de nuevo cuño, que se desliga en cierta manera de la tradición consistente en adoptar de modo casi idéntico las instituciones del Derecho Procesal Civil.⁵³⁹ Permanecen, sin embargo, algunas excepciones, como el *référé conservatoire* o el *référé-provision*, que siguen todavía el modelo establecido por el juez civil.

⁵³⁹ A ello se ha referido en la doctrina española C. CHINCHILLA MARÍN, cit. (1991), pp. 65ss.

La categoría central de la nueva regulación es, por tanto, el *référé*, que se adopta como concepto genérico para designar todas las medidas cautelares. Éstas, a su vez, se dividen en dos grandes categorías atendiendo al criterio de la urgencia. Este concepto jurídico alude, en una acepción amplia, al peligro genérico existente en todo pleito para los bienes y derechos de las partes debido al tiempo necesario para obtener una resolución judicial. En su acepción más restringida, en la división realizada por la ley siguiendo las pautas de la tradición francesa en materia cautelar, la urgencia debe ser alegada por la parte e individualizada en el caso concreto, sopesándola con la opuesta por el contrario en el pleito.⁵⁴⁰

Así, frente a los *référés de urgencia* (de urgencia específica) se encuentran los *référés ordinarios*⁵⁴¹, en los que el juez adopta la medida cautelar en cuestión (a título de ejemplo, el pago provisional de una deuda cuya existencia no es seriamente discutida) sin entrar a analizar el perjuicio específico que esta decisión pueda acarrear a las partes. Los *référés de urgencia* son tres: el *référé-suspension* (art. L. 521-1 CJA)⁵⁴², el *référé-liberté* (art. L. 521-2 CJA)⁵⁴³ y el *référé conservatoire* (art. L. 521-3 CJA)⁵⁴⁴. Suponen la modificación

⁵⁴⁰ Cfr. R. CHAPUS, cit. (2001), núms. 1510 y 1511. Para un análisis más detallado de este concepto me remito a lo expuesto en el capítulo 7.

⁵⁴¹ Según la terminología que tomo del Consejero de Estado R. VANDERMEEREN en su trabajo *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, AJDA 9-2000, pp. 706ss.

⁵⁴² "Cuando un acto administrativo es objeto de una demanda de anulación o reforma, el juez de *référé*, a instancia de parte, puede ordenar la suspensión de la ejecución del acto o de algunos de sus efectos, siempre que la urgencia lo justifique y que se presenten alegaciones aptas para crear, en este estado de la instrucción, una duda seria respecto de la legalidad de la decisión. Acondada la suspensión, la demanda de anulación o reforma ha de ser tramitada en los mejores plazos. La suspensión termina, a más tardar, en el momento en que se resuelva la demanda de anulación o reforma".

⁵⁴³ "El juez de *référé* puede adoptar todas las medidas necesarias para la salvaguarda de una libertad fundamental que haya sido vulnerada de modo grave y manifiestamente ilegal por parte de una persona jurídica de Derecho Público o un organismo de Derecho Privado encargado de la gestión de un servicio público en el ejercicio de sus funciones. La demanda de *référé* ha de estar justificada por la urgencia y el juez se ha de pronunciar en un plazo de 48 horas".

⁵⁴⁴ "En caso de urgencia, y mediante simple demanda, que será admisible incluso en ausencia de decisión administrativa previa, el juez de *référé* puede adoptar todo tipo de medidas útiles sin impedir la ejecución de ningún acto administrativo". El *référé-conservatoire* se regulaba en el art. R. 130 del antiguo CTA-TAA (su rango, por tanto, se ha elevado). Consiste en la adopción de cuantas medidas resulten necesarias en este estado de la instrucción para la conservación del objeto del pleito, evitar la prolongación de una situación ilícita o

más importante y se regulan en la parte legislativa del Código de justicia administrativa. Los *référé ordinarios* – el *référé-constatation* (art. R. 531-1 CJA)⁵⁴⁵, el *référé-instruction* (art. R. 532-1 CJA)⁵⁴⁶ y el *référé-provision* (arts. R. 541-1 a R. 541-6)⁵⁴⁷ – sufren alteraciones menores y se contienen en la parte reglamentaria.⁵⁴⁸

El *référé-suspension* sustituye a dos instituciones preexistentes: el *sursis à exécution* y la *suspension provisoire d'exécution*. La primera de ellas es la clásica suspensión de actos administrativos. La segunda fue introducida por ley de 8 de febrero de 1995 para paliar los efectos de la práctica generada en el conocimiento de las demandas de *sursis* que redundaba en periodos de decisión casi coincidentes con las demandas de fondo. Así, se optó por establecer un mecanismo mediante el que se procedía a la suspensión del acto – siguiendo unos criterios menos restrictivos – durante un periodo de tres meses hasta que se resolviera la demanda de *sursis*.⁵⁴⁹ Se ha de indicar, en fin, que la nueva

proteger el interés general. Por lo general se trata de órdenes de hacer o no hacer dirigidas a las partes (*injonctions*) y son los particulares quienes con mayor frecuencia resultan ser destinatarios de las mismas.

⁵⁴⁵ “Si no se solicita más que la constatación de hechos, el juez de référés puede designar un perito para constatar sin dilación los hechos que puedan ser susceptibles de dar lugar a un litigio ante el Tribunal. Para ello se ha de presentar una instancia, sin necesidad de asistencia letrada e incluso en ausencia de un acto administrativo previo”.

⁵⁴⁶ “El juez de référés puede adoptar a instancia de parte, e incluso en ausencia de acto administrativo previo, toda medida útil de peritaje o instrucción. Especialmente en los supuestos de ejecución de obras públicas puede encargar a un perito que realice todas las constataciones relativas al estado de los inmuebles susceptibles de ser afectados por los daños, así como a las causas y la extensión de los daños que efectivamente pudieran acaecer durante su misión”. Las características de esta medida cautelar presentan claras coincidencias con el *référé-constatation*. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que, en realidad, este último no es más que una variante del primero. R. VANDERMEEREN, cit., p. 714.

⁵⁴⁷ “Incluso en ausencia de una demanda principal, el juez de référés puede acordar una provisión de fondos a favor del acreedor que así lo solicite, siempre que la existencia de la obligación no ofrezca una oposición seria. El juez puede, incluso de oficio, subordinar el pago a la constitución de una garantía”.

⁵⁴⁸ Sobre el rango legal de la urgencia y el reglamentario de los *référé ordinarios*, v. R. VANDERMEEREN, cit., p. 709.

⁵⁴⁹ V. antiguo art. L. 10 CTA-CAA.

regulación incorpora la suspensión de actos administrativos denegatorios (*décisions de réjet*)⁵⁵⁰, tal y como la doctrina había exigido reiteradamente.

La nueva suspensión se caracteriza por la flexibilidad⁵⁵¹ y las condiciones de adopción de la misma son la urgencia en sentido restringido (tal y como ha sido definida más arriba) y la existencia de una duda seria, esto es, el *firmus boni iuris* o apariencia de buen derecho de la demanda principal en este estado de la instrucción. Algunos autores⁵⁵² entienden que no se ha producido más que un cambio de nomenclatura: las antiguas “consecuencias difícilmente reparables”⁵⁵³ se han convertido en “urgencia” y las “alegaciones serias” (*moyen sérieux*) en una “duda seria” (*doute sérieux*) respecto a la legalidad del acto. Sin embargo, parece que detrás de esta modificación semántica se encuentra la intención⁵⁵⁴ de poner freno a una interpretación sumamente

⁵⁵⁰ Esta posibilidad, no prevista en el proyecto de ley original, sino introducida en el debate parlamentario, no recibió buena acogida en el Ministerio de Justicia. La Ministra de Justicia, Elisabeth GUIGOU, en su discurso al Senado de 22 de febrero de 2000, alertó sobre la necesidad de definir los contornos exactos de los poderes de mando (*injonctions*) del juez para con la Administración en el específico ámbito de la tutela cautelar, incidiendo especialmente en el carácter “provisional” de los mismos. Estos poderes de mando habían sido establecidos, como quedó dicho más arriba, mediante ley de 8 de febrero de 1995, que autorizaba al juez a dictar sentencias de condena – dar, hacer o no hacer – a la Administración. *Discurso de Elisabeth Guigou, 22 de febrero de 2000*, en el sitio Internet del Ministerio de Justicia francés: <http://www.justice.gouv.fr/discours/d220200.htm> (fecha de entrada: 30.07.2003). Por su parte, en España el nuevo sistema de medidas cautelares establecido por la ley de 1998 incorpora, como es conocido, una formulación amplia que reconduce el régimen de tutela cautelar a las exigencias constitucionales. El legislador optó por eliminar las restricciones que contenía el Anteproyecto de 1994 (art. 128.3) y, de esta manera, también los actos denegatorios puede ser objeto de suspensión. Apud M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Elcano, 2ª ed., 2000.

⁵⁵¹ La flexibilidad alude al poder atribuido al juez para modular los efectos de la suspensión (art. L. 521-1: “el juez (...) puede ordenar la suspensión de la ejecución del acto, o de algunos de sus efectos”). La modulación puede presentar carácter temporal (se puede limitar la suspensión por un plazo determinado) o material (por ejemplo, un licencia de construcción cuya supuesta ilegalidad afecta a una parte del terreno).

⁵⁵² R. VANDERMEEREN, cit., p. 710: “Dos exigencias que, a pesar de los cambios semánticos (...) no impiden recordar al lector atento las condiciones de adopción de la suspensión”.

⁵⁵³ Cfr. C. MORLOT-DEHAN, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, Petites Affiches, 176 (2000), pp. 4ss. [p. 6].

⁵⁵⁴ Tal y como consta en diversos documentos, entre los que destaca la propia Exposición de Motivos de la ley de *référé* presentada por el Gobierno.

restrictiva de las circunstancias conducentes a la suspensión del acto. La urgencia podría permitir a partir de ahora tener en cuenta perjuicios de carácter económico que el Consejo de Estado había optado por excluir del concepto “consecuencias difícilmente reparables”. Asimismo, las antiguas “alegaciones serias” se habían convertido en la exigencia del convencimiento casi absoluto de la ilegalidad del acto,⁵⁵⁵ lo cuál incidía en largos lapsos de tiempo, que prácticamente se equiparaban a la resolución de la demanda principal.⁵⁵⁶

Por último, se ha de hacer constar que subsiste el elemento de la accesoriedad de la demanda de suspensión con respecto a la de fondo. Sólo cabe solicitar la suspensión si el acto administrativo ha sido objeto de una demanda de anulación o de reforma. Esta exigencia contrasta con la autonomía que la ley otorga a otras medidas cautelares.

En el art. L. 521-2 se regula lo que algún autor ha denominado ya “*valette* contenciosa”⁵⁵⁷: el *référé-liberté* (o, en palabras de CHAPUS, “*référé* salvaguarda” - *référé sauvegarde* -⁵⁵⁸), institución creada a imagen de otra existente en el ámbito local desde la ley de descentralización de 2 de marzo de 1982.⁵⁵⁹ La ley otorga al juez el poder de adoptar cuantas medidas resulten necesarias para salvaguardar una libertad fundamental que el demandante considera vulnerada por una persona jurídica de Derecho Público o un organismo de Derecho Privado encargado de la gestión de un servicio público en el ejercicio de sus funciones. La vulneración de dicha libertad ha de ser grave y

⁵⁵⁵ C. MORLOT-DEHAN, cit., p. 6. También, CHAPUS en su breve comentario a la reforma considera que se ha producido una relajación de las condiciones. Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux*.. (2001), cit., núm. 1514.

⁵⁵⁶ V. Exposición de Motivos del proyecto de ley sobre el *référé* ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en sitio Internet del Ministerio de Justicia, cit.

⁵⁵⁷ R. VANDERMEEREN, cit., p. 712.

⁵⁵⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux*..(2001), cit., núm. 1515.

⁵⁵⁹ A esta institución, y a sus relaciones con la vía de hecho, me referí ya en el capítulo 2.

manifiestamente ilegal, aspectos sobre los que se pronuncia el juez de *référé* en un plazo de 48 horas.

Se trata de un procedimiento autónomo – a diferencia del *référé-suspension* – en tanto no resulta necesario para su admisión que se haya interpuesto una demanda principal. Por otro lado, viene caracterizado por la sumariedad, dados los breves plazos en que se desarrolla, incluidos los recursos frente a la resolución acordada en la instancia. El auto adoptado en la instancia es recurrible en apelación ante el Consejo de Estado, que ha de adoptar su decisión en un plazo igualmente de 48 horas.

La regulación de la suspensión y el *référé-liberté* son las novedades más destacadas en el nuevo sistema francés de tutela cautelar. Existen también otras medidas que, sin embargo, no han visto apenas modificado su régimen jurídico. Así, el *référé conservatoire* es el tercero de los *référé de urgence* y en el cabe destacar una novedad, cual es la flexibilización de las condiciones de adopción, como en el caso del *référé-suspension*, y la eliminación de la prohibición de prejuzgar el fondo del asunto.⁵⁶⁰

Entre los *référé ordinarios* se regula en primer lugar el *référé-constatation* que, con el nombre de *constat*, sustituye al antiguo *constat d'urgence*⁵⁶¹, habiéndose eliminado el requisito de la urgencia. En segundo lugar, el *référé-instruction*⁵⁶², regulado en el art. R. 532-1 CJA permanece invariable y, en fin, el *référé-provision*, objeto de especial atención

⁵⁶⁰ Al respecto me remito a lo expuesto en el capítulo 8.

⁵⁶¹ El *constat d'urgence* era (y continúa siéndolo con el nuevo nombre) una medida cautelar mediante la que el juez designaba un experto que *constatará* unos hechos (el estado de un enfermo o las condiciones de una carretera) sin entrar a realizar valoraciones jurídicas. R. CHAPUS, *Droit du contentieux*..(2001), cit, núms. 1517ss.

⁵⁶² Mediante el *référé-instruction* el juez puede ordenar todo tipo de medidas útiles para la instrucción, destacando entre éstas los dictámenes periciales o la realización de determinadas indagaciones o verificaciones administrativas (por ejemplo, la investigación en aras a determinar el consumo efectivo de agua para proceder al cobro de la cantidad correspondiente a dicho consumo). Al igual que veíamos en el *constat*, esta medida no puede servir *per se* para extraer consecuencias jurídicas.

en la doctrina española⁵⁶³, se consolida como instrumento eficaz frente al impago de deudas cuya existencia no es seriamente contestada. Esta medida cautelar acerca paulatinamente sus contornos a su homólogo civil y se afianza como una institución apta para una sumaria resolución de conflictos.

En el nuevo régimen jurídico francés de las medidas cautelares destacan especialmente cuatro elementos: la importancia del *fumus boni iuris* como criterio de adopción de las medidas cautelares, la creciente autonomía de este tipo de procedimientos, así como la insistencia en los principios de urgencia y contradicción, elevados a piedras angulares de toda la justicia administrativa.⁵⁶⁴

Presentadas las medidas cautelares que tienen cabida en el nuevo contexto normativo, se ha de indicar, a reserva de un ulterior desarrollo en los capítulos 7 y 8, que las condiciones de adopción de las medidas cautelares varían en unos casos y en otros. Así, en ciertos supuestos, la ley no exige la apariencia de buen Derecho, como es el caso del *référé-conservatoire*, el *référé-instruction* o el *référé-constatation*. En el *référé-conservatoire* se hace referencia a la urgencia que justifique la adopción de cualquier medida útil, obviando la exigencia de una apariencia de buen derecho. Por su parte, el *référé-instruction* y el *constat* o *référé-constatation* son medidas tendentes principalmente a asegurar la prueba y no exigen una apariencia de buen derecho, en tanto se refieren a hechos y no a alegaciones jurídicas. La urgencia no se recoge explícitamente como criterio de adopción de la medida, pero parece deducirse de la letra del articulado.

⁵⁶³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision)*. A propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto Antonissen), RAP 142 (1997), pp. 225ss.; O. HERRÁIZ SERRANO, *El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del référé-provision (Comentario al auto de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de febrero de 1998)*, REDA 102 (1999), pp. 265ss.

⁵⁶⁴ V. más arriba comentario sobre el Título Preliminar del Código.

En una segunda categoría de supuestos coexisten el *fumus* y la urgencia. Así, la suspensión de los actos administrativos y la intervención del juez en los supuestos de violación de libertades fundamentales exigen una situación de urgencia, además de la existencia de una duda seria respecto de la legalidad del acto (*référé-suspension*) o de un ataque grave y manifiestamente ilegal (*référé-liberté*).

Por último, otras medidas cautelares carecen por completo de referencias a la urgencia en sentido estricto. Así, en el *référé-provision* se exige simplemente que el deudor no presente alegaciones serias respecto de la existencia de la deuda. Esta última tendencia se aprecia también en la regulación de las medidas cautelares aplicables a procedimientos contenidos en leyes especiales. En estos supuestos el *fumus* hace su aparición con fuerza y desplaza al criterio de la urgencia: el Código general de las colectividades territoriales, el Código de urbanismo (que remite su regulación en este aspecto al primero), el Código de la sanidad pública, la ley relativa a la protección del medio ambiente o la ley relativa a la organización y a la promoción de las actividades físicas y deportivas consolidan por tanto una tendencia que forma parte de la tradición francesa, pero que parece querer avanzar aún más en su implante. La legislación especial, sin embargo, es objeto de explicación más adelante, y a ella me remito para mayores detalles.

3.- La regulación alemana

El sistema alemán de tutela cautelar no presenta, a tenor de las continuas críticas que se aprecian en la doctrina⁵⁶⁵, las características de un auténtico sistema, en la medida en que no se corresponde con una construcción racional y lógica, coherente y completa en sí misma. A semejanza de lo acaecido en otros ordenamientos jurídicos, la tutela cautelar ha evolucionado a un ritmo marcado por la necesidad inmediata. La

⁵⁶⁵ Cfr. por todos K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, Munich, 4ª ed., 1998, pp. 6ss.; F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, von Decker, Heidelberg, 1988, pp. 36ss.

excesiva duración de los procedimientos y los problemas específicos suscitados en determinadas ramas del Derecho que, sin embargo, han contribuido al desarrollo de la teoría general de la tutela cautelar (vgr. el derecho de extranjería o las licencias de construcción), han generado un conglomerado de normas que vienen a añadirse al ya de por sí criticado sistema dual (*Zweispurigkeit*) – suspensión y otras medidas cautelares – previsto en la ley alemana de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Antes de la unificación de Alemania en 1871 existen precedentes de la tutela cautelar y, en concreto, de la suspensión de actos administrativos.⁵⁶⁶ Así, la denominada *Ordenanza de ejecución (Vollzugsordnung)*, de 12 de julio de 1864, preveía en su art. 80 (numéricamente coincidente, por tanto, con la actual regulación de la suspensión que recoge la *Verwaltungsgerichtsordnung*) un efecto suspensivo de la ejecución de los “actos administrativos” muy generoso.⁵⁶⁷ Tras la unificación, en el principal de los Estados federados – Prusia – y a partir de 1872⁵⁶⁸, comienzan a promulgarse una serie de normas de reforma de la judicatura y, en concreto, se crea un específico orden contencioso-administrativo con su régimen jurídico específico.⁵⁶⁹ Sin embargo no es hasta 1960,

⁵⁶⁶ Cfr. al respecto W. WIESELER, *Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, pp. 95ss. Véase también H. ROHMEYER, *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessens- und Beihilfsangelegenheiten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, pp. 46ss., quien hace referencia a los precedentes en los Estados del Sacro Imperio Romano-Germánico hasta la unificación.

⁵⁶⁷ Cfr. W. WIESELER, cit., p. 103.

⁵⁶⁸ No se puede evitar destacar la coincidencia histórica entre este inicio del desarrollo normativo del contencioso-administrativo en Alemania y la fecha de consolidación del Consejo de Estado francés como auténtica jurisdicción, desvinculada funcionalmente de la Administración “activa”. España, en esos momentos, se encontraba inmersa, como es sabido, en un complicado momento, dado que la reciente coronación de Amadeo de Saboya como monarca español acaece en un momento de profundas convulsiones sociales y políticas, pronunciadas por una aguda crisis económica, que determinarán que, poco tiempo después, el 11 de febrero de 1873, se promulgue la Primera República española. La República tampoco dispondrá de la calma necesaria para proceder a las reformas legislativas que otros Estados estaban acometiendo y que probablemente también resultaban deseables en España. Por ello, el desarrollo se produjo años más tarde, en el umbral del s. XX.

⁵⁶⁹ Cfr. W. WIESELER, cit., p. 99.

fecha en la que se elabora la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Verwaltungsgerichtsontrung*, VwGO) y se dota por vez primera de un régimen común en todo el Estado para los asuntos contencioso-administrativos.

Se ha de destacar, además, la impronta de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de este sistema. De un lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en la adopción directa de autos de medidas cautelares ha sido asumida por las jurisdicciones ordinarias, a pesar de que en ningún momento el Tribunal lo haya exigido así.⁵⁷⁰ En concreto, el método de la ponderación de intereses, desarrollado por el Tribunal Constitucional en los procedimientos de protección de derechos fundamentales (*Verfassungsbeschwerde*), empleado a su vez en los supuestos de adopción de medidas cautelares, ha sido seguido por jueces y doctrina, sin cuestionar críticamente, a juicio de algunos autores, su efectiva y necesaria aplicabilidad en los conflictos de Derecho ordinario y no constitucional.⁵⁷¹ En segundo lugar, el Tribunal ha establecido determinadas exigencias vinculantes para los jueces ordinarios, que completan la regulación legal de la tutela cautelar y adecuan su interpretación al contenido del art. 19. 4 LFB, esto es, al derecho a la tutela judicial efectiva.⁵⁷²

⁵⁷⁰ Esta competencia se regula en el art. 32 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, de 12 de marzo de 1951, ley que ha sufrido varias modificaciones. A semejanza del régimen general previsto en la legislación procesal civil (que sirve de modelo en tanto que teoría general de las medidas cautelares para la jurisdicción constitucional), la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal no realiza el distingo entre la suspensión del objeto impugnado y otro tipo de medidas cautelares. Es cierto que se refiere a la orden provisional, que tradicionalmente se vincula a las medidas cautelares positivas, pero nada impide que el concepto amplio pueda abarcar tanto dichas medidas positivas como la suspensión. Además, y en esto se diferencia de la teoría general de la tutela cautelar elaborada por los procesal-civilistas, no se realiza clasificación interna alguna entre órdenes de regulación y órdenes de aseguramiento, circunstancia que deja un amplio margen de actuación, pero no una libertad absoluta, al Tribunal Constitucional Federal para elaborar una dogmática propia al respecto. Sobre esta materia v. especialmente J. BERKEMANN, *Comentario al artículo 32 BVerfGG*, en D. C. UMBACH/Th. CLEMENS (dirs.), "Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch", C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 565ss. [570].

⁵⁷¹ K. FINKELNBURG/K. P. JANK, cit., pp. 73ss.

⁵⁷² Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 6. V. sentencias (BVerfGE) 35,263; 35,382 (402); 38,52 (57); 51,268 (284ss.); 67, 43 y 69, 74. Sobre la ponderación de intereses, fórmula denominada "Je-Desto" ("Cuanto más-entonces"): BVerfGE 35,382 (402); 38,52 (58).

La Ley de la Jurisdicción prevé en su articulado fundamentalmente dos posibilidades de tutela cautelar. Así, en primer lugar, el art. 80 (completado con el art. 113.3)⁵⁷³ regula la suspensión de los actos administrativos, estableciendo el efecto automático⁵⁷⁴ de dicha suspensión en los recursos de anulación (los únicos en los que es posible la adopción de esta medida cautelar).⁵⁷⁵ En segundo lugar, el art. 123 VwGO contempla las denominadas órdenes provisionales.

⁵⁷³ El artículo 113.3 se refiere a la adopción de medidas cautelares tras la anulación de un acto administrativo, en ciertas circunstancias, hasta que se dicte un nuevo acto administrativo que cumpla con los requisitos legales. Este artículo es importante por dos razones: en primer lugar, permite que en el contexto de un recurso de anulación se puedan adoptar medidas distintas de la suspensión. En segundo lugar, la ley otorga una competencia de oficio al juez para proceder en el sentido indicado.

⁵⁷⁴ El efecto automático de la demanda de anulación es una característica del sistema alemán que, en el contexto de los Estados Miembros de la Unión Europea, sólo es compartida por Finlandia y, parcialmente, por Austria (únicamente ante los Tribunales de primera instancia y no ante el Tribunal Supremo Administrativo). Cfr. Th. GROß, *Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union*, Die Verwaltung, 33/3 (2000), pp. 415ss. Sobre el sistema finés, v. J. PÖYHÖNEN, *An introduction to Finnish law*, Kauppakaari, Helsinki, 2ª ed., 2002.

⁵⁷⁵ Con anterioridad a la Ley de la Jurisdicción se habían publicado ya algunos trabajos sobre la tutela cautelar que pudieron ejercer influencia en la elaboración de la nueva ley. Además, en el propio año de elaboración de dicha ley surgieron ya los primeros comentarios. Cfr. sobre ambas cuestiones O. BACHOF, *Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozessrecht*, NJW 49, pp. 328ss.; M. BARING, *Die einstweilige Verfügung im Verwaltungsstreitverfahren*, ZBR 54, pp. 44ss.; E. BURL, *Einstweilige Anordnungen – einstweilige Verfügungen – in Anfechtungssachen*, DÖV 57, pp. 100ss.; H. DE CLERCK, *Einstweilige Anordnung im Verwaltungsgerichtsverfahren*, NJW 56, pp. 1337ss.; H. DE CLERCK, *Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten*, NJW 61, pp. 2233ss.; E. EICHHORN, *Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß*, tesis presentada en la Universidad de Würzburg, 1960; F. HAUEISEN, *Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß*, NJW 53, pp. 1165ss.; R. HERRMANN, *Die einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozeß*, tesis presentada en la Universidad de Mainz, 1956; F. KLEIN, *Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der amerikanischen und britischen Besatzungszone sowie vor dem Bundesverfassungsgericht*, DVBl 50, pp. 200ss.; R. MARTIN, *Einstweilige Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren*, NJW 56, pp. 90ss.; R. MARTIN, *Wie lange noch Rechtlosigkeit durch Versagung einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren?*, NJW 56, pp. 1706ss.; K. MÜLLER-HEIDELBERG, *Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, NJW 49, pp. 814ss.; R. NAUMANN, *Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß*, en *Gedächtnisschrift W. Jellinek*, Munich, 1955, pp. 391ss.; D. OSWALD, *Die einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, DÖV 56, pp. 236ss.; H. QUARITSCH, *Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß*, VerwArch 51 (1960), pp. 210ss.; H. RAMBECK, *Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß*, NJW 61, pp. 1333ss.; F. REUSCHER, *Zur Frage der aufschiebenden Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten*, DVBl 53, pp. 428ss.; O. RUCKDÄSCHEL, *Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß*, DÖV 61, pp. 675ss. Más adelante, las medidas cautelares en Alemania han sido objeto de diversos estudios monográficos en Alemania, de las que se da cuenta en diversos apartados del presente trabajo. Entre dichos estudios destacan los siguientes: K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit.; H. ROHMEYER, cit.; F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit.; W. WIESELER, cit. En

La aplicación de los arts. 80 y 123 es excluyente entre sí, a tenor de lo establecido expresamente en el apartado 5 del art. 123⁵⁷⁶, a pesar de que en ocasiones ambos instrumentos pueden solaparse. Además, la teoría general de ambos tipos de medidas se ha desarrollado de forma diferenciada, identificando, de este modo, distintas funciones, naturaleza, ámbito de aplicación, entre otros aspectos, de una y otra categoría.

A.- La suspensión de actos administrativos

El efecto suspensivo automático del art. 80 VwGO está siendo relativizado⁵⁷⁷ mediante la legislación especial, que lo excepciona en numerosas ocasiones, así como por el propio régimen general, en la medida en que atribuye al juez la posibilidad de ordenar la ejecutividad del acto administrativo en determinadas circunstancias. Así, tal y como establecen los números 1 a 3 del art. 80 VwGO, el efecto suspensivo no tiene lugar en asunto relacionados con el pago de tributos o costas, frente a actos impostergables de la Administración de policía o en los supuestos previstos por leyes federales, excepción esta última que ha determinado la relativización que mencionaba. Además, el apartado 4 del mismo artículo contempla la posibilidad para la Administración (que luego será controlada por el juez, según el par. 80.5 de la misma ley) de ponderar los intereses en juego *“en los casos en los que la autoridad que ha dictado el acto o que debe resolver el recurso administrativo ordene la ejecución inmediata por razones de interés*

castellano resulta indispensable citar el trabajo de M. BACIGALUPO sobre la reforma de las medidas cautelares operada por la cuarta Ley de Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Cfr. M. BACIGALUPO, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, RAP 128 (1992), pp. 413ss.

⁵⁷⁶ “Las prescripciones de los apartados 1 a 3 no resultan de aplicación para los supuestos de los artículos 80 y 80a”.

⁵⁷⁷ Esta circunstancia ha llevado a algún autor a preguntarse por la “jubilación” del efecto suspensivo establecido en el art. 80.1 VwGO. Cfr. M. KOTULLA, *Der Suspensiveffekt des § 80 Abs. 1 VwGO, ein Rechtsschutzinstrument auf Abruf?*, Die Verwaltung, 33/4, 2000, pp. 521ss.

público o por la existencia de un interés superior de alguno de los interesados ⁵⁷⁸. Se ha de mencionar, en fin, el art. 80a VwGO, referido a las medidas cautelares solicitadas por un tercero frente a un acto que favorece a su destinatario (constituyéndose una relación jurídico-administrativa tripolar) y que se regirán por lo dispuesto en el art. 80.4 VwGO, y que encuentran aplicación, fundamentalmente, en asuntos de urbanismo.⁵⁷⁹

Dada la automaticidad de la suspensión de los actos administrativos en Alemania, el eje central de la misma es la ponderación de intereses realizada por la Administración en ejercicio de la potestad que le atribuye el art. 80.4 VwGO. Este artículo en realidad se remite a los tradicionales criterios de apariencia de buen derecho ("*serias dudas sobre la legalidad del acto administrativo impugnado*") y al perjuicio que el acto administrativo pudiera acarrear a determinados intereses (que la ejecución pudiera acarrear necesariamente daños injustos sin que existiera un interés público preponderante).

En fin, el art. 80.5 VwGO regula las facultades del juez para ordenar el efecto suspensivo en los casos en los que las leyes han establecido excepciones al régimen general de suspensión automática, o bien para reestablecer la ejecutividad de un acto que ha sido suspendido automáticamente o a instancia de la propia Administración. Los criterios identificados por la doctrina y la jurisprudencia en este contexto son idénticos a los del caso anterior.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ GONZALEZ VARAS, traduce la expresión "*Interesse eines Beteiligten*" (art. 80, apart. 2, núm. 4 VwGO) como "interés de un tercero". No obstante, considero que el precepto se refiere a cualquier interesado (*die Beteiligten*), incluyendo, como no podía ser de otro modo, a las partes, y no exclusivamente a los terceros en el conflicto (*die Dritten*). V. S. GONZALEZ-VARAS, *La jurisdicción...*, cit., p. 216, nota núm. 82.

⁵⁷⁹ Al respecto v. especialmente K. FINKELNBURG/ K.-M. ORTLOFF, *Öffentliches Baurecht*, CH. Beck, Munich, 1998, pp. 268ss. En castellano v. M. BACIGALUPO, *El sistema...*, cit., pp. 439ss.

⁵⁸⁰ Cfr., por ejemplo, W. WIESELER, cit., quien afirma en la página 55 de su trabajo, aludiendo a pronunciamientos jurisprudenciales, que las condiciones establecidas en el art. 80.4 VwGO - y trasladables al 80.5 VwGO - responden a concepciones ya asentadas en el pensamiento jurídico.

B.- Las órdenes provisionales

Tras la exposición de las características generales del régimen de suspensión de los actos administrativos se ha de proceder al análisis del segundo tipo de medidas cautelares en Alemania: las órdenes provisionales, que surgen históricamente más tarde que la suspensión, dado que hasta la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1960 no hace aparición una institución que durante largo tiempo había sido exigida por doctrina y jurisprudencia.⁵⁸¹ La regulación de esta institución se recoge en el art. 123 VwGO, cuyo contenido es fruto de la importación de la doctrina procesal-civilista al respecto y existe, a diferencia de la suspensión, una remisión expresa al Código Procesal Civil (*Zivilprozessordnung*: ZPO) para colmar las lagunas que en este ámbito pudieran plantearse.⁵⁸²

Existen dos tipos de órdenes provisionales: las órdenes de aseguramiento (*Sicherungsanordnungen*) y las órdenes de regulación (*Regelungsanordnungen*), previstas respectivamente en los apartados I 1 y I 2 del mencionado art. 123 VwGO. Si la suspensión operaba en los recursos de anulación, las órdenes de aseguramiento lo hacen en los recursos cuyo objeto sea la condena a la Administración a omitir bien una actuación material, bien la adopción de un acto administrativo de gravamen.⁵⁸³ Por su parte, las órdenes de regulación pueden solicitarse en los recursos por inactividad

⁵⁸¹ Cfr. H. ROHMEYER, cit., p. 13.

⁵⁸² ROHMEYER insiste en el carácter modélico de la legislación procesal civil. Cfr. H. ROMEYER, cit., pp. 33ss.

⁵⁸³ Por ello suele utilizarse como mecanismo de defensa frente a la vía de hecho. Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 84. Además, la aplicación del art. 123 VwGO a los supuestos de inactividad de la Administración es especialmente importante en la protección provisionalisima (*vorbeugender Rechtsschutz*), desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina para los supuestos en los que la tutela cautelar es insatisfactoria, por tardía, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva. Cfr. Th. WÜRTENBERGER, *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 1998, pp. 213ss.

material, pero también en aquellos supuestos en los que se pretenda que la Administración adopte un determinado acto administrativo.⁵⁸⁴

Las condiciones de adopción para ambos tipos de medida varían en algunos aspectos, si bien, en general, la ley se remite a las ideas de perjuicio y apariencia de buen derecho que ya conocemos. Ello no obstante, estos criterios han sido interpretados de forma diversa por los distintos jueces y tribunales, tal y como constatan los autores que se han ocupado de la materia y que con sus trabajos han tratado de sintetizar las líneas generales de esta jurisprudencia plural.

a.- Las órdenes de aseguramiento

Las órdenes de aseguramiento, según el tenor literal de la ley, se adoptarán en los supuestos en que exista un peligro de frustración de la realización de un derecho, o bien que dicha realización resulte sumamente difícil, todo ello en función de un cambio de la situación existente hasta entonces.⁵⁸⁵ Para la interpretación de este precepto doctrina y jurisprudencia se remiten a la normativa reguladora del proceso civil, supletoria en esta materia y modelo de la misma.⁵⁸⁶

La doctrina diferencia entre una “pretensión del aseguramiento” (*Sicherungsanspruch*) y una “justificación del aseguramiento” (*Sicherungsgrund*).⁵⁸⁷ Con la

⁵⁸⁴ M. BACIGALUPO, cit., p. 444. Sobre este tipo de recursos, v. A. HUERGO LORA, *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000.

⁵⁸⁵ Art. 123 I 1 VwGO: “Auf Antrag kann das Gericht auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte”.

⁵⁸⁶ Sobre el carácter modélico de las medidas cautelares civiles en la elaboración del art. 123 VwGO, véase H. ROHMEYER, cit., p. 15 y 33ss.

⁵⁸⁷ Véase, a título de ejemplo, las obras que con mayor detalle han estudiado las medidas cautelares en Alemania: K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., pp. 82ss.; F. SCHOCH, cit., pp. 490ss. y 1564ss. Esta distinción resulta de aplicación para la adopción de medidas cautelares por la jurisdicción contencioso-administrativa, fiscal y social, derivado de la conjunción de los arts. 19.4 de la Constitución alemana, 123 VwGO y 935 y 940 del Código Procesal Civil. Cfr. F. SCHOCH, cit., p. 490.

primera de las expresiones se alude a la relación jurídica subyacente que habrá de determinarse en el pleito principal. En realidad, esta pretensión parece vincularse a la legitimación activa, dado que los autores que se refieren a ella insisten en la necesidad de identificar la situación jurídica de quien solicita la medida cautelar, para conocer si es susceptible, en general, de obtener protección jurídica ante los jueces de lo contencioso.⁵⁸⁸ En la práctica, este segundo análisis de la legitimación es un análisis más profundo que entra a conocer las posibilidades de prosperar del recurso principal y que aparece conceptualmente bajo el término de *fumus boni iuris*.

Por su parte, la “justificación del aseguramiento” implica la necesidad de alegar la concurrencia de “graves perjuicios” (*schwere Nachteile*) para los intereses implicados. Los graves perjuicios se derivan, de un lado, de un peligro objetivo para los bienes, derechos o intereses del demandante y, de otro, de la eventualidad de un cambio en su situación jurídica. En la medida en que la función de la medida de aseguramiento consiste en mantener un determinado *statu quo*, la justificación de la medida solicitada ha de estar vinculada con dicha función.

b.- Las órdenes de regulación

Las órdenes de regulación se adoptarán cuando resulten necesarias para evitar graves perjuicios (*wesentliche Nachteile*) o para hacer impedir una fuerza amenazante

⁵⁸⁸ En este sentido entiendo las consideraciones de SCHOCH, quien afirma que la pretensión de la medida cautelar (no exclusivamente de la orden de aseguramiento) se vincula al Derecho material, vínculo que, con carácter general, se refiere a la existencia de un derecho subjetivo. SCHOCH se remite al principio de tutela judicial efectiva, indicando de esta manera que lo que se controla con la “pretensión de la medida cautelar” (*Anordnungsanspruch*) es que se trata, en efecto, de situaciones amparadas por el ordenamiento. Entiendo que este criterio, que no se contempla para las medidas cautelares en los recursos frente a reglamentos (art. 47 VwGO) podría plantear problemas en la medida en que, en realidad, se está analizando de nuevo la admisibilidad del recurso. No en vano el propio SCHOCH se refiere a este examen de admisibilidad, tras el cual en el recurso frente a reglamentos se pasa directamente a estudiar la “motivación de la medida cautelar” o *Anordnungsgrund* (esto es, los criterios de urgencia y *fumus*), mientras que en los recursos frente a actos administrativos, se habría de volver de nuevo sobre un examen ya realizado. Cfr. F. SCHOCH, cit., pp. 490-491.

(*drohende Gewalt*).⁵⁸⁹ Respecto de estas medidas, también se distingue entre una “pretensión de regulación” y una “justificación de la regulación”. La pretensión de regulación presenta unos perfiles idénticos a la de aseguramiento, exigiéndose por tanto un análisis exhaustivo de la relación jurídica subyacente.⁵⁹⁰ En lo tocante a la “justificante de la regulación”, se exige la concurrencia de una especial urgencia (*Eilbedürftigkeit*), dados los términos en los que se pronuncia el art. 123 I 2.

Además de la pretensión y la justificación de la regulación, el legislador optó por incluir una cláusula general, según la cual se adoptarán las medidas de regulación que se consideren oportunas en los supuestos en que ello resulte *necesario* por otras razones distintas de las enunciadas. Este criterio de necesidad, que aparece también en otros ordenamientos jurídicos⁵⁹¹, parece exigir una ponderación de intereses en la que las perspectivas de éxito de la demanda ocupen un lugar destacado.⁵⁹² Sin embargo, dichas perspectivas de éxito ya fueron analizadas en el estudio del primero de los elementos, la “pretensión de regulación”. Ello significa que la necesidad ha de interpretarse en función de la urgencia (la especial urgencia que predica el art. 123 I 2), sin perder de vista, evidentemente, la relación jurídica subyacente. Para SCHOCH, si bien la necesidad es un concepto jurídico indeterminado, es posible su reducción a cero y, si se estima que una medida es necesaria para regular una situación jurídica y que ésta no se vea menoscabada durante el tiempo necesario para obtener razón procesal, la adopción de dicha medida es obligada para el juez. Su discrecionalidad se vería reducida al

⁵⁸⁹ Art. 123 I 2 VwGO: “*Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint*”.

⁵⁹⁰ Cfr. F. SCHOCH, cit., p. 1565. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., pp. 65ss.

⁵⁹¹ Me remito a lo expuesto en el capítulo 2.

⁵⁹² Cfr. F. SCHOCH, cit., p. 1568.

mínimo y no tendría cabida la ponderación de intereses. No existen intereses que ponderar, sino una situación que ha de ser subsumida en el criterio de necesidad.⁵⁹³

C.- Otros supuestos

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regula en su art. 47 los procedimientos de impugnación de reglamentos de los *Länder* ante los Tribunales Administrativos Superiores (*Oberverwaltungsgerichte*: OVG) en cada uno de ellos. En concreto, el apartado 6 ofrece la posibilidad al Tribunal Administrativo Superior de adoptar medidas cautelares en los procedimientos de determinación de la validez de los reglamentos, para impedir graves perjuicios o cuando razones importantes justifiquen la urgencia.

En segundo lugar, al régimen general de las medidas cautelares presentado en las páginas precedentes se une, como anticipaba más arriba, una constelación de regímenes específicos, previstos en las leyes especiales. Así, el Derecho de extranjería, el urbanismo, el Derecho ambiental, el Derecho de la función pública, o los tan abundantes supuestos relacionados con el acceso a centros públicos de educación, constituyen un amplio margen en la estadística de la tutela cautelar.

Al casuismo normativo se une la descoordinación jurisprudencial, criticada por algunos autores⁵⁹⁴, pero apreciada por otros⁵⁹⁵ como manifestación de un federalismo judicial, que permite la garantía de la tutela judicial efectiva sin menoscabo u olvido de las tradiciones nacionales. Se ha de tener, además, en cuenta, la división de

⁵⁹³ Cfr. F. SCHOCH, cit., p. 1570.

⁵⁹⁴ V. F. SCHOCH, cit., pp. 60-61.

⁵⁹⁵ Así, GROß, escribiendo en otro contexto, alude al federalismo (en concreto, se está refiriendo al federalismo en el ámbito judicial - proceso y tutela judicial efectiva -) como un valor de la cultura jurídica europea que debe ser respetado y desarrollado. Cfr. Th. GROß, *Konvergenzen...*, cit., p. 434.

jurisdicciones existente en Alemania, que supone que no hayan de considerarse amparados bajo el régimen general las cuestiones relacionadas con el Fisco o con los sistemas de seguridad social. Es cierto que desde hace unos años se viene proponiendo la unificación del régimen procesal de los órdenes contencioso-administrativo, fiscal y social, pero hasta la fecha dichas propuestas no han dado sus frutos.⁵⁹⁶

4.- El Derecho comunitario

La regulación de las medidas cautelares en el Derecho comunitario no ha sufrido variaciones importantes. No obstante, aun habiendo permanecido el texto inmodificado, la evolución no ha dejado de producirse y esto ha sido debido a la intensa actividad y al diálogo de los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales.

Desde los orígenes de la Comunidad Europea, entonces Económica, el Tratado que la constituyó y que regulaba su funcionamiento, incluyó dos artículos, 185 y 186, que han permanecido hasta hoy sin modificaciones textuales y habiendo sufrido solamente un cambio en la numeración⁵⁹⁷. Estos artículos regulaban, respectivamente, la posible suspensión de los actos impugnados ante el Tribunal de Justicia.

La regulación diferenciada de ambos tipos de medidas supuso un cambio con respecto al texto del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero firmado seis años antes. En efecto, este Tratado incluía un solo artículo sobre las medidas cautelares, sin respetar la doble naturaleza del Tribunal de Justicia.⁵⁹⁸ SLUSNY considera que el cambio operado en el Tratado de la Comunidad Económica Europea

⁵⁹⁶ K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 16.

⁵⁹⁷ En la actualidad son los arts. 242 y 243.

⁵⁹⁸ La doble naturaleza del Tribunal se justifica por el hecho de conocer indistintamente de asuntos de Derecho Público y de Derecho Privado. Cfr. B. PASTOR BORGONÓN/ E. VAN GINDERACHTER, *El Procedimiento de Medidas Cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1993, p.15.

responde a la toma de conciencia del error cometido, que fue corregido de esta manera.⁵⁹⁹

El art. 39 del Estatuto del Tribunal de Justicia desarrolla las previsiones del Tratado en la materia. El mismo procedimiento es válido para el Tribunal de Primera Instancia en virtud de la remisión genérica del art. 53 del mismo Estatuto. Una especialidad con respecto a este último órgano jurisdiccional se contempla en el art. 57 ETJCE, que regula el recurso de casación contra las resoluciones del TPI adoptadas en virtud de los artículos 185, 186 o 192, párr.4º TCE (actualmente, artículos 242, 243 y 256, párr.4º, respectivamente)⁶⁰⁰: El recurso de casación sobre estas resoluciones también se resuelve -debido a que la provisionalidad sigue presente- siguiendo el procedimiento general previsto para las medidas cautelares en el art. 39 ETJCE.

Por último, tanto el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, como el del Tribunal de Primera Instancia, desarrollan en su articulado las previsiones del Estatuto. Se trata, de nuevo, de dos regulaciones paralelas, ubicadas ambas en sendos Títulos Terceros con la rúbrica *De los procedimientos especiales* y ocupando un destacado Capítulo Primero que reza *De la suspensión y demás medidas provisionales*. En el

⁵⁹⁹ M. SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, en *Revue belge de droit international*, 1967-1, pp. 127ss. En concreto, pp. 131 y 132. Sin embargo, en los años que transcurren desde la entrada en vigor del Tratado CECA (25 de julio de 1952) hasta los Tratados CEE y CEEA (25 de marzo de 1957) la institución de la tutela cautelar sufre modificaciones en el Derecho francés, el orden de jurídico que había influido en la creación del Tribunal de Justicia. En 1955, en Francia, se aprueba la ley de 28 de noviembre, que habilita a los Tribunales Administrativos de primera instancia para dictar *référé*, consagrándose de este modo esta institución que hasta entonces sólo estaba prevista para el Consejo de Estado. Es cierto que se trata de una institución procedente del ámbito privado, en la medida en que inicialmente sólo los jueces de lo civil tenían competencia para conocer de tales incidentes procesales. Sin embargo, se creyó oportuno incorporar la institución al ámbito público, creando, reitero, un sistema de tutela cautelar dividido en dos bloques: suspensión y otras medidas cautelares con un tratamiento procesal diferenciado. Así es, exactamente tal y como pocos meses más tarde va a aparecer recogido en los Tratados CEE y CEEA y tal y como ha permanecido hasta nuestros días.

⁶⁰⁰ Se trata de los artículos referentes a la suspensión de los actos impugnados, a otras medidas cautelares y a la suspensión de la ejecución forzosa, respectivamente.

RPTJ se regula en los artículos 83 a 90 y en el RPTPI, con contenido bastante similar, en los artículos 104 a 110.

III.- ALGUNOS EJEMPLOS DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

Todos los ordenamientos objeto de estudio presentan, además del régimen general de tutela cautelar, una pluralidad de supuestos particulares o específicos previstos en la propia ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, o bien en leyes especiales. El origen de estas últimas puede ser completamente nacional, o bien derivada de la normativa comunitaria.

Esta disparidad normativa suele remitir a un espectro de ámbitos materiales que coincide en unos ordenamientos y otros, circunstancia que indica que la agilización de los procesos, a pesar de tratarse de una preocupación común en la justicia, presenta perfiles especialmente dramáticos en ámbitos concretos. Así, cuestiones ambientales, tributarias, urbanísticas o de extranjería han estado por lo general sometidas a regímenes diferenciados de tutela cautelar. Ello es así debido a razones que varían de un sector a otro, pero por lo general se trata de ámbitos en los que el legislador ha apreciado la concurrencia de un interés especialmente prevalente y, por ello, en aras a garantizar su protección, se establece un régimen especial de tutela cautelar. Resulta cuanto menos curioso observar cómo buena parte de los supuestos se relacionan con lo que pudiéramos denominar el núcleo duro de la soberanía: la materia tributaria, el Derecho de extranjería o el régimen sancionador.

1.- El medio ambiente

El Derecho ambiental⁶⁰¹ es uno de los ejemplos clásicos de normativa específica en materia de tutela cautelar. Ello es así debido, en primer lugar, a la influencia

⁶⁰¹ Utilizaré indistintamente las expresiones "Derecho ambiental" y "Derecho del medio ambiente", pese a la acusación de redundancia que se ha elevado frente al segundo. Cfr. R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho ambiental*, Trivium, Madrid, 2ª ed., 1998, p. 21. Otros manuales de la disciplina sí emplean la denominación "Derecho del Medio Ambiente", pese a reconocer la posible redundancia o

uniformizadora del Derecho comunitario en buena parte de las realidades abarcadas por este sector del ordenamiento.⁶⁰² En segundo lugar, y de forma autónoma en cada contexto jurídico, los jueces han identificado el medio ambiente como un interés público prevalente; que vence frente a otros intereses en conflicto en el juicio de ponderación. Esta es la razón, además, por la cual el medio ambiente se incluye como objeto de estudio en el presente apartado y, más adelante, en la exposición del desarrollo jurisprudencial del concepto de perjuicio.

El contenido del Derecho del medio ambiente no es unívoco. Así, algunos autores centran su investigación al respecto en la biosfera y los tres elementos en ella comprendidos: la hidrosfera, la atmósfera y la litosfera, estudiando la acción del ser humano sobre los mismos y las repercusiones de dicha acción sobre dicha existencia.⁶⁰³ Otros, sin embargo, prefieren incluir otras dimensiones, como la social (vinculada a los conceptos de bienestar, calidad de vida y desarrollo de las personalidad) y la relacionada con la ordenación del territorio y las infraestructuras.⁶⁰⁴ Este último concepto es el que parece haber influido en el texto constitucional español, dado que el art. 45 CE comprende todas las manifestaciones mencionadas, haciendo referencia a los “recursos naturales” y a la “calidad de vida”. También el Derecho alemán parte de un concepto amplio de medio ambiente, vinculado, como en la Constitución española, al principio

ambigüedad. Cfr. L. ORTEGA ÁLVAREZ (y otros), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2000, p. 46.

⁶⁰² También se ha de tener en cuenta la influencia del Derecho gestado en el seno del Consejo de Europa. Cfr. en este sentido O. BOUAZZA ARIÑO, *Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, RAP 160 (2003), pp. 167ss.

⁶⁰³ V. R. MARTÍN MATEO, cit., p. 25.

⁶⁰⁴ V. L. ORTEGA ÁLVAREZ, cit., p. 47, que cita en este punto a M.S. GIANNINI. Sobre la específica vinculación entre medio ambiente y ordenación del territorio/infraestructuras, véase recientemente J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, *Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

de solidaridad intertemporal, con respecto a las futuras generaciones.⁶⁰⁵ En Francia, la Constitución no contempla el medio ambiente, si bien la materia ha tenido eco en la legislación.

Esta diversidad dificulta la posibilidad de referirse a un único régimen jurídico aplicable a todas las esferas del medio ambiente y, por ello, se han de diferenciar ámbitos concretos, como es el más clásico de la protección de la fauna y la flora, el control de los efectos derivados de la producción de energía, la contaminación en todas sus manifestaciones o la garantía de una determinada calidad de vida, mediante la reducción y eliminación de peligros para la salud humana.

Dado que el presente estudio tiene un objeto definido, la tutela cautelar y, en estos momentos, el concepto de perjuicio ambiental y su posición en el juicio de ponderación de intereses, se expondrá a continuación el régimen normativo del que constituye el supuesto tipo a estos efectos: el estudio de impacto ambiental. Ello es así debido, en primer lugar, a su origen comunitario y a su indudable interés desde el punto de vista comparado. En segundo lugar, pone de manifiesto la tendencia hacia la atomización de la tutela cautelar de manos del legislador.

El estudio de impacto ambiental es una institución procedente del Derecho estadounidense⁶⁰⁶ y constituye una valoración de los posibles efectos que para el medio ambiente en todas sus manifestaciones sean susceptibles de producir determinados proyectos que las normas reguladoras de la materia han de especificar. Se ha de destacar que el concepto de medio ambiente en este contexto es el concepto amplio a que me he

⁶⁰⁵ Art. 20a de la Ley Fundamental de Bonn: *"El Estado protege las condiciones naturales de vida, también de forma responsable con respecto a las futuras generaciones, en el marco del orden constitucional, mediante la legislación y, con respecto a la ley y al Derecho, el poder ejecutivo y la jurisprudencia"*. El concepto de solidaridad es para MARTÍN MATEO uno de los cinco megaprincipios que inspiran toda normativa ambiental. Cfr. R. MARTÍN MATEO, cit., pp. 48ss. Los otros cuatro megaprincipios son la ubicuidad, la sostenibilidad, la globalidad y la subsidiariedad.

⁶⁰⁶ Cfr. R. MARTÍN MATEO, cit., p. 107.

referido más arriba, dado que la directiva y las normas nacionales de transposición de la misma aluden a conceptos tan variados como el suelo, el paisaje o el patrimonio cultural.

Las regulaciones española, francesa y alemana presentan rasgos similares. En todos los casos se ha transpuesto la Directiva comunitaria 85/377/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, *relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente*⁶⁰⁷, modificada por Directiva 97/11/CE, del Consejo, de 3 de marzo de 1997⁶⁰⁸. Estas directivas, como es sabido, exigen la elaboración de un estudio de impacto ambiental (en los términos presentados en el art. 1 de la primera y detallados en el resto del articulado) en una serie de proyectos determinados asimismo en dichas directivas⁶⁰⁹. Si bien carecen de preceptos relativos a las consecuencias jurídicas y procesales, en todos los ordenamientos objeto de la comparación su ausencia constituye un vicio invalidante del procedimiento en cuestión, corolario lógico de la construcción normativa. Ello es así en función del art. 2 de la directiva 85/377, reformado por la Directiva 97/11, que establece que “[l]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos. Estos proyectos se definen en el artículo 4”.

El establecimiento de un régimen privilegiado de tutela cautelar encuentra su fundamento en los principios que rigen, con carácter general, la protección ambiental:

⁶⁰⁷ DOCE n° L 175, de 5 de julio de 1985, pp. 40ss.

⁶⁰⁸ DOCE n° L 073, de 14 de marzo de 1997, pp. 5ss.

⁶⁰⁹ La precisión de estos proyectos constituye una de las prioridades de la reforma de la Directiva de 1985, tal y como establece el Considerando 6 de la Directiva de 1997.

el principio de cautela y la acción preventiva⁶¹⁰, reconocidos en el Considerando 2 de la directiva de 1997.⁶¹¹ Además del necesario carácter preventivo (la cautela en este aspecto es clara, la provisionalidad no tanto), se ha de tener en cuenta que el espectro de intereses implicados es plural⁶¹², circunstancia que provoca el especial sistema de participación en este tipo de procedimientos y que ha de presentar la relevancia necesaria en los procesos de tutela cautelar. Se ha de destacar, además, que algún autor ha enfatizado la necesidad de ponderación (de riesgos, se podría añadir) que se lleva a cabo en este tipo de estudios⁶¹³, circunstancia a tener en cuenta en la fase posterior, la judicial, en la que el operador jurídico también está llamado a realizar dicha ponderación.

Las normas que en los ordenamientos objeto de la comparación transponen las mencionadas directivas varían en las técnicas de protección frente a la ausencia de estudio de impacto ambiental. Así, mientras en Francia se establece excepcionalmente

⁶¹⁰ Ambos principios, el de cautela y el de acción preventiva, se reconocen en el art. 174 TCE (antiguo art. 130 R) en su apartado 2. El principio de cautela, a juicio de MARTÍN MATEO, podría entenderse incluido en el de acción preventiva, pero la dualidad puede deberse a un interés por enfatizar la necesidad de las medidas preventivas, insistiendo en la importancia de la máxima “en la duda, abstente”, que caracteriza el principio de cautela y que ha de guiar hoy las intervenciones administrativas. Cfr. R. MARTÍN MATEO, cit., pp. 54 y 77. El principio de cautela del art. 174 TCE, en el contexto de la tutela cautelar, habría de desempeñar un papel decisivo y, concretamente, debería favorecer la suspensión de actos administrativos en los supuestos en que un interés ambiental esté en juego. Cfr. J. JORDANO FRAGA, *El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*, RAP 145 (1998), pp. 169ss. (p. 198).

⁶¹¹ La directiva de 1985 establecía que “la mejor política de medio ambiente consiste en evitar, desde el principio, la creación de contaminaciones o daños, más que combatir posteriormente sus efectos” (Considerando 1º).

⁶¹² El Considerando 11 de la directiva de 1985 reza como sigue: “Considerando que los efectos de un proyecto sobre el medio ambiente deben evaluarse para proteger la salud humana, contribuir mediante un mejor entorno a la calidad de vida, velar por el mantenimiento de la diversidad de especies y conservar la capacidad de reproducción del ecosistema como recurso fundamental de la vida”. A ello se han de añadir los intereses particulares o generales de la promoción del proyecto en cuestión, proyecto que puede ser desde una repoblación forestal hasta una fábrica de cerveza, por citar algunos de los ejemplos listados en el Anexo II a la directiva de 1985.

⁶¹³ De hecho, MARTÍN MATEO define el estudio de impacto ambiental como “un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una prevista decisión de Derecho público”. R. MARTÍN MATEO, cit., p. 108.

la suspensión automática por el juez del acto que autoriza la realización del proyecto, en España, como se verá, el legislador ha optado por remitir al régimen de medidas provisionales administrativas. En Francia, el art. 2 de la ley de 10 de julio de 1976 (ley 76-629, *relative à la protection de la nature*)⁶¹⁴, codificado como art. L. 554-11 CJA, establece extraordinariamente la suspensión automática de las autorizaciones o actos de aprobación de los proyectos de ordenación llevados a cabo por una colectividad pública si no consta la existencia de estudio de impacto.⁶¹⁵ En los supuestos en los que no conste la ausencia de estudio de impacto ambiental, se siguen las reglas generales de la suspensión previstas, ahora, en el art. L. 521-1 CJA.⁶¹⁶ Los autores echan en falta la incorporación del criterio del estudio deficiente y no únicamente ausente, dado que, en ocasiones, se cumple el trámite sin respetar un mínimo de elementos de fondo.⁶¹⁷

A diferencia de la regulación francesa, la española es, en principio, más amplia.⁶¹⁸ Así, el art. 9 del RDLeg 1302/1986, de 28 de junio, modificado por RDleg 9/2000, de 6 de octubre, se refiere no sólo a la ausencia de estudio de impacto, sino también a las

⁶¹⁴ Se trata de una ley prácticamente desprovista de contenido, cuyo articulado ha sido trasladado a diversos códigos, o bien directamente derogado. Se puede consultar en el sitio internet: http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_lois_regl.htm.

⁶¹⁵ Cfr. R. BABADJI, *Le sursis à exécution pour absence d'étude d'impact*, RJE 3 (1992), pp. 313ss.; R. HANICOTTE, *Les sursis à exécution: point névralgique de la protection de l'environnement*, RDP 6 (1995), pp. 1580ss.; S. LASVISGNES, *Convention européenne des droits de l'homme et sursis à exécution d'un permis de construire*, RFDA, 1993, pp. 791ss.

⁶¹⁶ Resolución del TA de Rennes, de 16 de julio de 1986, *Cne de Saint-Jacques-de-la-Lande*, Gaz. Pal. 1987, somm. p. 67.

⁶¹⁷ A pesar de que la Asamblea Nacional, o Cámara Baja francesa, había incluido dicha posibilidad en el texto que presentó al Senado, éste optó por eliminarla. Cfr. C. LEPAGE/Ch. HUGLO, *Code de Justice Administrative*, Litec, París, 2001, p. 163.

⁶¹⁸ En general, sobre las medidas cautelares en el medio ambiente en España, v. C.J. MARTÍN SÁNCHEZ, *Las medidas cautelares y el medio ambiente*, Aranzadi Administrativo, Boletín Mensual, n° 24, febrero 2001, pp. 1ss.; J. JORDANO FRAGA, *Obras públicas y Medio ambiente. La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*, Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo (Barcelona-Girona, septiembre 1996), Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 409ss., además de la obra ya citada del mismo autor, que es una versión reformada de la referencia anterior.

deficiencias en el mismo. Ello no obstante, el resultado es en definitiva el mismo, dado que la suspensión automática sólo opera en el primero de los apartados, esto es, en ausencia de informe, mientras que la constatación de incorrecciones en el mismo sigue el régimen general de la suspensión. En efecto, el apartado segundo se refiere a la potestad suspender cuando concurren las circunstancias en él enumeradas, pero no indica los criterios que han de regir tal solución. Dicho lo anterior, se ha de indicar que en el caso español el legislador ha optado por conferir la competencia de suspender en ausencia de impacto a la propia Administración, a requerimiento del órgano ambiental competente. Esta característica ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de noviembre de 1998,⁶¹⁹ donde se consideró que el estudio de impacto es un acto de trámite, a pesar de su esencialidad, y que por ello no es susceptible de recurso ante el juez.⁶²⁰ En el Derecho francés se trata de una competencia del juez, que actúa sin necesidad de recurso administrativo previo.

En fin, en Alemania la norma reguladora del estudio de impacto⁶²¹ obvia la cuestión, razón por la cual cabe colegir que se sigue el régimen ordinario de tutela cautelar y que, en este aspecto concreto coincide con el francés, esto es, la suspensión automática.

El objeto de la suspensión también varía en los dos ordenamientos que han recogido expresamente esta materia. Mientras en Francia la suspensión afecta a las autorizaciones o actos de aprobación de los proyectos afectados, en España no puede ser así, dado que el procedimiento de aprobación del proyecto, al encontrarnos todavía en sede administrativa, no ha finalizado.

⁶¹⁹ Ar. 10522.

⁶²⁰ Véase el Fundamento Jurídico 5º.

⁶²¹ *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)*, de 12 de febrero de 1990, modificada en diversas ocasiones.

2.- Extranjería y asilo político

Otro de los ámbitos en que tradicionalmente ha existido una regulación diferenciada es el Derecho de extranjería, incluyendo el Derecho regulador del asilo político. Dadas las especiales características de estos procedimientos, la mayor parte de los cuales guarda relación con la expulsión del territorio nacional, la necesidad de un adecuado sistema de medidas cautelares es palmaria. En efecto, el extranjero solicitante de asilo político o de regularización de su situación jurídica en el territorio nacional se encuentra en una indefinición legal que se pretende clarificar con el proceso. En el ínterin resulta difícil determinar cuál ha de ser su estatus y qué consecuencias se han de derivar del mismo. Por esta razón buen número de ordenamientos disponen de una normativa procesal específica en este género de materias. La necesaria rapidez que ha de imperar en estos casos se traduce, en ocasiones, en procedimientos sumarios específicos. En este contexto, los diferentes legisladores han coincidido en reducir las garantías procesales en determinados supuestos.

Así, en España, la ley de 1985⁶²² eliminaba la posibilidad de suspender el acto administrativo de expulsión, obligando al extranjero a volver a su Estado de origen (aun con peligro para su vida) en tanto el proceso de regularización o de asilo político no finalizara. El Tribunal Constitucional estableció que esta previsión era inconstitucional, por atentar contra el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en la medida en que este derecho exige que exista un adecuado sistema de tutela cautelar, sin el cual la protección jurisdiccional resultaría ilusoria.⁶²³

⁶²² Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

⁶²³ Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, hay tres pronunciamientos constitucionales que son tenidos en consideración para la reforma: SSTC 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de septiembre; 115/1987, de 7 de julio.

La ley actual, la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, establece un régimen cuanto menos desconcertante.⁶²⁴ En efecto, pese a la doctrina constitucional mencionada, la ley elimina la posibilidad de adoptar medidas cautelares (en concreto, la suspensión) en determinados supuestos. En concreto, el art. 21 establece que *“el régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente”* (el subrayado es mío). El procedimiento preferente se regula en el art. 63 de la ley y afecta a los supuestos contemplados en los apartados a) y b) del artículo 54, párrafo primero, y a las letras a), d) y f) del artículo 53. Los plazos previstos en este artículo son especialmente breves y, según establece el apartado 4, *“la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata”*.

En fin, existen algunas excepciones al régimen general de ejecución de la orden de expulsión. Así, según el art. 64, *“se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de asilo, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de asilo”*. La normativa sobre asilo, a su vez, se pronuncia en los siguientes términos: *“Solicitado el asilo por cualquier extranjero, no podrá ser rechazado en frontera o expulsado hasta tanto se haya inadmitido a trámite su petición o resuelto sobre la misma. La autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares por motivo de salud o seguridad públicas,*

⁶²⁴ Sobre esta regulación, v. M. ALONSO OLEA, *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001. En lo que respecta a la tutela cautelar en el Derecho de extranjería, v. J. TORNOS MAS, *La tutela cautelar en sectores específicos*, cit. En concreto, sobre el régimen de sanciones, v. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, REDI 1998 (1), pp. 33ss. Este autor analiza la materia desde el punto de vista del desaparecido régimen privilegiado de tutela cautelar en el contencioso-administrativo en los supuestos de vulneración de los derechos fundamentales recogido en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de 1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. En este sentido se ha de destacar la semejanza con el actual régimen de tutela cautelar en Francia y su aplicación a casos de extranjería, dado que buena parte de estos conflictos jurídicos siguen la vía procesal cautelar del denominado *référé-liberté*, esto es, la medida cautelar aplicable en los supuestos de violación de libertades fundamentales.

así como de atención a las necesidades humanas".⁶²⁵ El proceso de asilo, por otra parte, siguiendo en la cadena de recursos, suspende, hasta la decisión definitiva, el fallo de cualquier proceso de extradición del interesado que se halle pendiente o, en su caso, la ejecución del mismo.⁶²⁶ El régimen jurisdiccional de las demandas de asilo sigue una tramitación preferente, según lo establecido en el art. 21.1 de la Ley 5/84, modificada en este aspecto por la Ley 9/94. Anteriormente se remitía el régimen procesal a la vía especial de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas.⁶²⁷ Los supuestos de reexamen de la solicitud de asilo (art. 5.7) no son objeto de suspensión automática, sino que ha de ser solicitado por el demandante, siempre que la representación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo.⁶²⁸

En los supuestos en que un extranjero expulsado entre de nuevo en España, contraviniendo la orden de expulsión, o ante entradas ilegales en el país, el art. 58 elimina la necesidad de incoar un expediente de expulsión. En estos casos, ante una solicitud de asilo, la devolución se produce tras la inadmisión a trámite. Si se admite a trámite, no se procede a la ejecución del acto y probablemente habrá de estarse a las normas generales sobre adopción de medidas cautelares. Una última excepción al régimen general lo constituyen las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre (art. 58, apartado 3).

⁶²⁵ Art. 5.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, de regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificado por Ley 9/1994, de 19 de mayo. El texto sustituido rezaba como sigue: "Solicitado el asilo por cualquier extranjero, no podrá ser expulsado sin que se haya resuelto su petición, sin perjuicio de las medidas cautelares que pueda adoptar la Autoridad gubernativa por motivos de salud o seguridad pública". Como en la Ley de extranjería, se ha incluido la referencia a la inadmisión a trámite.

⁶²⁶ Art. 5.2 de la Ley 5/84.

⁶²⁷ V. antiguo art. 21.3 de la ley 5/1984.

⁶²⁸ Cfr. art. 21.2 ley 5/1984, modificado por ley 9/94.

En lo que respecta a Alemania, si la regla general en materia de ejecución de actos administrativos es la suspensión automática, en extranjería la regla general se invierte, en ejercicio de la habilitación legal prevista en el apartado 2, párrafo tercero, del art. 80 VwGO. Así, el art. 72 de la Ley de Extranjería (*Ausländergesetz*, de 9 de julio de 1990, modificada en diversas ocasiones) establece que los recursos administrativo y judicial frente a la denegación del permiso de residencia o de su renovación carecen de efecto suspensivo. En este sentido se produce una remisión implícita a la jurisprudencia, que habrá de ponderar adecuadamente los intereses en conflicto.

En materia de asilo político también se elimina, en principio, el efecto suspensivo automático, que sólo permanece para los supuestos previstos en el art. 38.1 y en el art. 73 de la ley de asilo político (*Asylverfahrensgesetz*)⁶²⁹. En materia de asilo, con carácter extraordinario frente a la previsión legal general, la competencia para conocer de la pretensión se atribuye a un juez único, quien, no obstante, puede remitir la cuestión al colegio de jueces del que forme parte, en los supuestos en que presente especial importancia, o bien en aquellos en los que se pretenda diferir de la jurisprudencia de la sala.⁶³⁰ Los artículos 43 y 43a de la ley de asilo político prevén disposiciones específicas para cuestiones concretas.

⁶²⁹ Ley de 26 de junio de 1992, modificada por ley de 27 de julio de 1993 y, en menor medida, por otras leyes posteriores. El art. 38.1 se refiere a los recursos interpuestos frente a las órdenes de expulsión y el art. 73 alude al estatuto de refugiado. Sobre un procedimiento sumario de solicitud de asilo en aeropuertos, v. R. ALLEWELDT, *Die Menschenrechtsbeschwerde gegen Asylentscheidungen im Flughafen- oder Schnellverfahren*, NVwZ, 1996, pp. 1074ss. En general, sobre las especialidades procesales que presenta esta rama del ordenamiento, v. H. HEBERLEIN, *Grundfragen des Asyl- und Asylprozeßrechts, Kongreß Universität Jena (1997)*, JUS, 1998, pp. 1117ss.; B. HUBER, *Prozessuale Besonderheiten asylrechtlicher Eilverfahren auf Gestattung der Einreise*, NVwZ, 1994, pp. 138ss.; G. LÜBBE-WOLFF, *Das Asylgrundrecht nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14.5.1996*, DVBL, 1996, pp. 825ss.; H.-G. MAAßEN, *Folgerung aus den Asylurteilen des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996 zur Herkunftsstaaten- und zur Flughafenregelung*, ZAR (Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik), 1997, pp. 9ss.; G. RENNER, *Asylfolgeantrag/vorläufiger Rechtsschutz/Zulassungsverfahren*, NJ, 2000, pp. 165ss.; B. SCHÜTZE, *Vorläufiger Rechtsschutz im Folgeantragsverfahren, insbesondere, wenn keine neue Abschiebungsandrohung erlassen wird (§ 71 Abs... AsylVfG)*, Kongreß: *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden-Württemberg*, 1994, VBIBW, 1995, pp. 346ss.

⁶³⁰ Art. 76.4 de la Ley de Asilo Político.

En Francia no existe una normativa especial en materia cautelar en el contexto del Derecho de extranjería o de asilo político. Ello no obstante, el Consejo de Estado ha elaborado una importante jurisprudencia en la materia, especialmente a raíz de la aprobación de la nueva normativa sobre el *référé* en el contencioso-administrativo. En este sentido, el instrumento del *référé-liberté* se ha mostrado como la vía idónea para proceder de una forma rápida, pero garantista, a conocer de este tipo de demandas. La frecuencia y abundancia de este tipo de procedimientos y la urgencia que los preside ha originado una importante jurisprudencia en materia cautelar, perfeccionando el sistema y provocando reformas procesales de utilidad para otros ámbitos.

El desarrollo en el Derecho francés en este aspecto puede resultar de utilidad para la configuración de otros procedimientos similares en ámbitos materiales distintos. Sin embargo, en el contexto europeo ello no puede llevar a una reducción de las garantías, dado que, según los términos del Congreso Europeo de Tampere (octubre de 1999), los Estados Miembros han de garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio.⁶³¹ En este sentido, en los supuestos (procesales) en los que se discuta precisamente si se trata de una situación legal o no, también habrán de disfrutar de las mismas garantías.

Existe un procedimiento específico para determinadas decisiones adoptadas por el Prefecto en materia de extranjería. Si un extranjero se encuentra en situación ilegal en Francia, por concurrir las circunstancias recogidas en el art. 22 de la *ordonnance* de 22 de noviembre de 1945, modificada por las leyes de 26 de febrero de 1992 y 24 de agosto de 1993, el Prefecto puede ordenar que esta persona sea conducida a la frontera.

⁶³¹ Cfr. Exposición de Motivos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Sin embargo, en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere se preveían los instrumentos para facilitar la expulsión de los extranjeros que se encontraran en situación irregular en el territorio de los Estados Miembros. El legislador español se justifica de esta manera, aludiendo, además, a otros ejemplos de Derecho comparado que no especifica.

3.- Tributos

Los tributos constituyen, por lo general, un ámbito en el que el legislador también ha dedicado una atención especial a la tutela cautelar, dados los intereses en juego y el tipo de perjuicio que se les puede irrogar.

Así, en el Derecho alemán constituye la primera de las excepciones al régimen general de la suspensión automática, tal y como se deduce del apartado 1 del art. 80.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.⁶³² La justificación de esta previsión normativa se encuentra en la protección del presupuesto y, en definitiva, de la ejecución de las políticas públicas.⁶³³ En este sentido, el legislador está ya realizando una determinada valoración del perjuicio, sin importarle, en principio, la solidez de las pretensiones del demandante. Para vencer la presunción legal se ha de solicitar al juez que proceda a una adecuada ponderación de intereses y que, en consecuencia, acuerde la suspensión del acto impugnado.

En Derecho español la materia tributaria también ha sido objeto, por lo general, de tratamiento diferenciado, sea por vía legal o jurisprudencial.⁶³⁴ La reforma operada en la Ley General Tributaria introduce, en su Disposición Adicional, un régimen específico en materia de suspensión y el art. 81.3 de la Ley General Tributaria, modificada por Ley 25/1995 de 20 de julio, establece que, en materia de sanciones, la

⁶³² Sobre el ámbito objetivo abarcado por esta excepción, v. W. SCHMITT GLAESER/ H.-D. HORN, *Verwaltungsprozessrecht*, 15ª ed. ampliada, Boorberg, Stuttgart (y otros), 2000, pp. 174ss. Cfr. también Th. WÜRTENBERGER, cit., pp. 227ss.

⁶³³ Cfr. BayVGHE 19,166/167, BayVBl. 1985, 409ss.; OVG Saarland, DÖV 1987, 1115.

⁶³⁴ V. en general sobre esta materia R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Apariencia de buen derecho y suspensión en vía contenciosa de actos de carácter tributario*, en "Libro Homenaje a Jesús González Pérez", Cívitas, Madrid, 1993, vol. II, pp. 1153ss.; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*, REDA, 33 (1982), pp. 183ss.; J. TORNOS MAS, *La tutela cautelar en sectores específicos...*, cit.

interposición de cualquier recurso o reclamación no suspenderá la ejecución de la sanción impuesta, sin perjuicio - añade - de lo dispuesto en la normativa general aplicable sobre la suspensión de actos impugnados y de lo previsto al respecto en la regulación de las reclamaciones económico-administrativas. A continuación, el art. 81.4 afirma que *"procederá la suspensión de la ejecución de la sanción cuando dicha ejecución afecte sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva o de los servicios y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva. Se entenderá que afecta sustancialmente cuando la sanción a garantizar exceda del 15 por 100 del patrimonio o de los fondos propios del sujeto pasivo"*. En este aspecto parece que, al igual que sucedía con la ley de extranjería y el régimen específico que establece, no resulta constitucionalmente adecuada esta previsión normativa. En efecto, las sanciones siguen un régimen especial de suspensión, tal y como estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia 78/1996, de 20 de mayo. Ello no obstante, el legislador ofrece una precisión interesante, a saber, una determinación normativa de qué ha de considerarse perjuicio en esta sede. Así, definiendo qué se entiende por "afectación sustancial", acepta, de un lado, el denominado "perjuicio económico" como causante de la suspensión y, de otro, indica cuál ha de ser el criterio matemático que perfila el perjuicio.

De otro lado, la Disposición Adicional Única de la Ley 25/95 introduce, además, ciertas precisiones en lo que respecta a la suspensión de actos administrativos de naturaleza tributaria en sede jurisdiccional, modificando de este modo el Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases del Procedimiento Económico-Administrativo. Así, el apartado tercero del artículo 21 establece que *"la suspensión acordada con ocasión del recurso de reposición previo a la vía económico-administrativa se mantendrá en ésta en las condiciones que se determinen reglamentariamente"*. Este aspecto es interesante, de nuevo, en la relación conceptual entre las medidas adoptadas en sede administrativa y las adoptadas en sede jurisdiccional. En fin, el art. 22, en consonancia con nuestra tradición histórico-jurídica, establece la suspensión automática de los actos administrativos impugnados en este

contexto. Además, detalla las garantías que se han de prestar para que opere esta disposición.

En Derecho francés, el Código de Justicia Administrativa ha codificado las disposiciones correspondientes al denominado *référé* en materia tributaria (artículos L. 552-1 y 552-2, que codifican los artículos L. 279 y L. 277, apartado 4, respectivamente, del Libro de procedimientos tributarios (*Libre des procédures fiscales*)⁶³⁵. El artículo 279 se refiere a los recursos que puede interponer el contribuyente si las garantías que ofrece son rechazadas. Se trata nuevamente de un procedimiento sumario en el que el juez resuelve sobre el fondo del asunto. De tratarse de una medida cautelar habría que valorar, como en el caso español, el perjuicio que la prestación de garantías hubiera de causar en el patrimonio del contribuyente. Esta, en ocasiones, difícil valoración se ve paliada, en la medida en que el juez no ha de adoptar una resolución provisional, sino que directamente resuelve el fondo. En el (breve) ínterin, la Administración sólo puede adoptar las medidas de conservación que estime necesarias y siempre según lo establecido en el art. 277. En este último caso, en los supuestos de efectivas y reales medidas cautelares, el criterio del perjuicio entra en juego.

⁶³⁵ Sobre el contenido y desarrollo de dichos artículos v. H. BONNEAU, *Le nouveau référé en matière fiscale*, D. 1961, chron. 7; B. BUISSON, *Le sursis au paiement de l'impôt*, Tesis, París II, 1993; F. DERUEL, *Sursis au paiement: référé fiscal*, Juris Classeur procédures fiscales, fasc. n° 542; O. FOUQUET, *Le sursis à exécution en matière fiscale*, Gazette du Palais, 1987, doct. 462; G. GRAVELLIER, *Les autres procédures d'urgence: référé fiscal, constat d'urgence*, Gazette du Palais, 1985, I, doct. 314; Y. PIMONT/ C. EUDE, *Le nouveau sursis de paiement*, JCP 1985, I, n° 3202; M. TOURDIAS, *Le référé fiscal [commentaires de l'article 97 de la loi du 28 décembre 1959]*, JCP 1960, I, n° 1577.

CAPÍTULO 6

EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

INTRODUCCIÓN

El procedimiento es una de las cuestiones que a primera vista pueden resultar más áridas, dado que por lo general su tratamiento exige presentar un elenco de plazos y actuaciones judiciales que determina que su lectura sea un tanto ardua. Sin embargo, el procedimiento cautelar arroja una serie de interrogantes y ha sido objeto de unas transformaciones que eliminan parcialmente este carácter en cierta manera, justificando, además, su estudio independiente del régimen legal de las medidas cautelares que presentaba en el capítulo anterior. En efecto, si en el capítulo 5 se descendía desde las alturas constitucionales a la legalidad ordinaria, explicando las características generales de la tutela general que se deducen de la legislación contencioso-administrativa y de las legislaciones especiales, el análisis se reducía a la presentación de los diversos tipos de medidas cautelares existentes en cada ordenamiento y al elemento subjetivo de las mismas, prestando singular atención a los terceros potencialmente afectados por dicha medida.

En el presente capítulo se ofrece un tratamiento autónomo del procedimiento cautelar, comenzando por una de las cuestiones que constituye un elemento clave para comprender las mutaciones que, debido a los imperativos del tiempo a que aludía en la introducción, está sufriendo la justicia y, más concretamente, la justicia contencioso-administrativa. Se trata de la proliferación del juez único como juez encargado de conocer las demandas de tutela cautelar. Es un fenómeno común a todos los

ordenamientos, si bien sus operatividad y sus perfiles concretos varían en unos casos y en otros.

Entre las cuestiones que suscita la existencia de un juez único se encuentra la extensión de sus poderes a otros procedimientos, en especial en aquellos casos en los que, por una u otra razón, deba conocer del fondo del asunto. En este sentido, además, la necesaria separación entre la pretensión cautelar y la de fondo es probablemente la razón por la cual se exige presentar la solicitud de medidas cautelares en escrito separado y diferenciado de la demanda principal, de tal manera que ambos procedimientos sigan iteres diversos. Ello no obstante, en ocasiones la tutela judicial efectiva requiere, no una resolución cautelar, sino una resolución sobre el fondo del asunto, en aquellos supuestos en los que el tiempo habría de consolidar situaciones jurídicas que requieren de un conocimiento rápido. Los poderes del juez en este ámbito se exponen en el presente capítulo, mientras que el debate sobre la posibilidad/legitimidad de un prejuicio de estas características se presenta en el Capítulo 8, en el contexto del análisis del *fumus boni iuris*. Entre los poderes del juez cautelar se encuentra el de modificar el contenido de la medida cautelar adoptada si varían las circunstancias que motivaron su adopción, pero siempre con ciertos límites que coinciden en los diversos ordenamientos. Cabría destacar, además, el sistema de cautelas y contracautelas puesto a disposición del órgano judicial para paliar los eventuales efectos negativos de su resolución.

En fin, en el momento posterior a la adopción de la medida cautelar se suscitan otras cuestiones, tales como la ejecución de los autos, los recursos frente a los mismos y las medidas cautelares que puedan adoptarse a raíz de otras ya en vigor. Dos importantes debates se originan en este contexto: la discusión sobre la idoneidad del recurso de casación para conocer de estas cuestiones y la ralentización que, con carácter general, generan las medidas cautelares adoptadas sobre otras medidas vigentes, dado

que el juez habrá de conocer de un mismo asunto en diversas ocasiones. De todo ello se dará cuenta en las líneas que siguen.

I.- EL JUEZ COMPETENTE: LA PROLIFERACIÓN DEL JUEZ ÚNICO

La colegialidad de los órganos jurisdiccionales y, en concreto, de los pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa, no es un requisito constitucional en los ordenamientos jurídicos objeto de la presente comparación, si bien puede sostenerse que pertenece a la tradición jurídica de todos los sistemas. En efecto, la máxima "juez único, juez único", citada por igual en las diversas doctrinas nacionales, da cuenta de las preocupaciones que subyacen a las reticencias manifestadas respecto del establecimiento de órganos jurisdiccionales unipersonales.

En la legalidad ordinaria, sin embargo, sí se encuentran manifestaciones a favor de la colegialidad. Así, por ejemplo, en el Título Preliminar del nuevo Código de Justicia Administrativa francés (CJA) se recoge la colegialidad como regla para la jurisdicción contencioso-administrativa, constituyendo el juez único una excepción que habrá de justificarse en cada caso. La colegialidad como regla ya existía en el Derecho positivo antes de la promulgación de dicho Código. En efecto, la contemplaba el antiguo art. L. 4 del Código de Tribunales Administrativos y Tribunales Administrativos de Apelación, si bien un art. L. 4-1 introducido en 1995 estableció un elenco de diez excepciones a dicha regla general, elenco que fue ampliándose paulatinamente en normas especiales.

A diferencia del caso francés, en España, la legislación reguladora del contencioso-administrativo no contempla mención alguna del principio de colegialidad. Ello no obstante, es una cuestión que ha recibido singular atención por la doctrina, llegando a constituir uno de los principios de base que un grupo de profesores de Derecho Administrativo presentó como Conclusiones en el Seminario sobre la Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que tuvo lugar en Santander en

septiembre de 1996.⁶³⁶ Estas Conclusiones, acompañadas más tarde por una moción del mismo tenor preparada asimismo por profesores de la disciplina para ser elevada al Consejo General del Poder Judicial⁶³⁷, fueron tenidas en cuenta por los parlamentarios en el momento de elaboración de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁶³⁸, si bien ello no fue óbice para establecer los tan criticados Juzgados unipersonales de primera instancia.⁶³⁹

Dicho todo lo anterior, se ha de señalar que existen diferencias entre Francia y España en lo que a la concepción del juez único se refiere, tal y como puso de manifiesto hace algunos años Tomás-Ramón FERNÁNDEZ.⁶⁴⁰ Así, la denominación “juez único” en Francia – a diferencia de la nomenclatura española – no apela a un órgano jurisdiccional unipersonal, sino a la función ejercida por un solo Magistrado perteneciente a un colegio de jueces en un caso específico previsto por el ordenamiento jurídico. Las competencias de los Magistrados en cuanto miembros del colegio no varían, quien actúa en su función de juez único lo hace en un procedimiento determinado por un tiempo establecido y conserva el poder y el deber de tomar parte en la formación del juicio en los supuestos en que la ley le llama a hacerlo. Además, permanece abierta la posibilidad de remitir la cuestión al Tribunal en su conjunto.⁶⁴¹

⁶³⁶ Las conclusiones se encuentran en RAP 141 (1996), pp. 429ss. En el punto 7 de dichas Conclusiones se establece que “la colegialidad es un principio tradicional de la jurisdicción contencioso-administrativa en España y fuera de España que debe preservarse”.

⁶³⁷ Cfr. T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, REDA 100 (1998), pp. 981ss.

⁶³⁸ Cfr. J. LÓPEZ MEDEL, *La Elaboración Parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 45.

⁶³⁹ Una de las críticas a la incorporación de esta figura puede verse en E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su *Introducción al Comentario a la LJCA de 1998*, REDA 100 (1998), pp. 17ss. Asimismo, antes de que entrara en vigor la Ley de la Jurisdicción de 1998, v. A. NABAL RECIO, *Reflexiones para un sistema de lo contencioso-administrativo*, REDA 94 (1997), pp. 221ss.

⁶⁴⁰ T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (La ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés)*, REDA 91 (1996), pp. 385ss.

⁶⁴¹ Art. L. 522-1 CJA.

Esta pertenencia a un órgano colegiado, así como la posibilidad de remisión del asunto, garantizan la coherencia y la ausencia de dispersión en la jurisprudencia del órgano jurisdiccional en cuestión.⁶⁴² Por otro lado, a juicio de los autores del *Hexágono*, siendo la colegialidad una característica esencial de la jurisdicción administrativa, sólo puede ser modificada mediante ley.⁶⁴³ Ello no obstante, las actuaciones del juez único que han sido expuestas no indicarían más que particularidades de la organización interna del órgano jurisdiccional que, dado que no afectan a la esencialidad de la institución, podrían ser modificadas por vía reglamentaria.⁶⁴⁴ La clásica fórmula "juez único, juez único" se relativiza de este modo en la medida en que se procede a una redefinición del concepto.⁶⁴⁵ Aun cuando se impone la cautela ante la posible generalización de esta figura – cautela manifestada en el reconocimiento de la colegialidad como principio de la justicia administrativa – el codificador incorpora en diversos preceptos excepciones a dicha colegialidad, dotándoles de rango reglamentario.⁶⁴⁶

⁶⁴² T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Una revolución...*, cit., p. 399.

⁶⁴³ J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Le Code de justice administrative*, AJDA 7-8 (2000), pp. 639ss., p. 642.

⁶⁴⁴ Así lo ha entendido el Consejo de Estado en su *arrêt* de 15 de julio de 1964, *de Pollak*, Leb. p. 409, en consonancia con el principio general establecido por el Consejo Constitucional en su sentencia (*décision*) nº 72-75 L, de 21 de diciembre de 1972 (Rec. p. 36). Apud J. ARRIGHI DE CASANOVA, cit., p. 642.

⁶⁴⁵ Una solución de estas características se ha propuesto en la doctrina española para las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, al hilo del comentario de la Disposición Transitoria 2ª de la LJCA, que prevé la delegación a un Magistrado perteneciente a una de dichas Salas el conocimiento de los asuntos pendientes a la entrada en vigor de la ley de 1998. Cfr. R. BOCANEGRA SIERRA, *Comentario a la modificación de la LOPJ (Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio)*, en "Comentario a la LJCA de 1998", REDA 100 (1998), pp. 977ss. A juicio de este autor, de otro lado, el esfuerzo presupuestario hubiera sido equiparable al realizado para el establecimiento de órganos unipersonales que desempeñen idénticas funciones.

⁶⁴⁶ Esta afirmación se debe conectar con uno de los puntos que pueden suscitar controversia en relación con el Código recientemente aprobado, cual es la atribución de un determinado rango a las normas codificadas. En algunos supuestos el rango de una norma es claro, pero en otros no lo es tanto, especialmente considerando las peculiares relaciones entre la ley y el reglamento en Francia debido a la reserva reglamentaria prevista en el los arts. 34 y 37 de su Constitución. Es posible que exista un pronunciamiento judicial al respecto, pero puede suceder que no haya sido así. Si ha existido dicho pronunciamiento judicial (del Consejo de Estado o del Consejo Constitucional), aun pudiendo ser objeto de controversia, el codificador ha optado por respetar la decisión del juez. Por otro lado, se ha de tener en cuenta el carácter eminentemente jurisprudencial del Derecho Administrativo francés y la existencia de normas consuetudinarias en algunos ámbitos – por ejemplo, algunos aspectos del estatuto

En Alemania la cuestión se ha presentado en términos un tanto diferentes. Si bien la tradición también es contraria a la existencia de la figura del juez único, algunas reformas de la justicia en el país germano han sido tendentes a incrementar sus funciones.⁶⁴⁷ Ello se inserta, en buena parte de los casos, en un debate sobre la economización de la justicia, que exige una reducción de costes en el desarrollo del procedimiento y, como no podía ser de otra manera, en la organización judicial.⁶⁴⁸ Con carácter general, sin embargo, se ha de señalar que el principio de colegialidad continua presidiendo la organización judicial, incluso en los Tribunales de primera instancia. Sin embargo, como en el caso francés, los supuestos en los que el legislador atribuye funciones específicas a un solo juez dentro del colegio aumentan paulatinamente.⁶⁴⁹ En este sentido quizás pudiera ofrecerse una argumentación similar a la existente en Derecho francés, esto es, que el principio de colegialidad se mantiene en la medida en que simplemente se trata del ejercicio de funciones y no del establecimiento de órganos unipersonales, permitiéndose en todo caso la remisión al colegio en los supuestos en los que se considere oportuno. Cuestión distinta es la referida al carácter de dicha remisión, esto es, si sólo puede ser realizada de oficio, si existe una obligación al respecto en determinados supuestos, o bien si puede ser solicitada por las partes.

de los miembros del Consejo de Estado –, cuyo rango pudiera ser discutible desde el punto de vista de la distribución constitucional entre materias legales y reglamentarias.

⁶⁴⁷ Cfr. A. HAMANN, *Das Kollegialprinzip und der "Einzelrichter" nach der 4. Novelle zur VwGO*, VerwArch 83 (1992), pp. 201ss.; F. KOPP, *Zur Entscheidung des Vorsitzenden oder des Berichterstatters nach § 87a VwGO i.d.F. des 4. VwGO-Änderungsgesetzes*, NJW 1991, pp. 1264ss. En español, en general sobre esta reforma, v. M. BACIGALUPO, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, RAP 128 (1992), pp. 413ss.

⁶⁴⁸ V. en este sentido Th. GROß, *Ökonomisierung der Verwaltungsgenossenschaft und des Verwaltungsprozessrechts*, Die Verwaltung 34 (2001), pp. 373ss. [386]. Sobre la justificación última de este proceder desde el punto de vista de la política judicial, GROß remite a STELKENS, en F. SCHÖCH/ E. SCHMIDT-ALTMANN/ PIETZNER (eds.), VwGO, § 6 Nr. 4.

⁶⁴⁹ Cfr. W. KUHLA/ J. HÜTTENBRINK, *Endstation Einzelrichter. Kritische Betrachtung der Entwürfe von Bundesrat und Bundesregierung zur 6. VwGO-Novelle*, DVBl, 1996, pp. 717ss. (721ss.).

En fin, el Derecho comunitario, por el momento, se rige por el principio de colegialidad en lo que a los órganos jurisdiccionales supremos, Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia, se refiere, pero no se ha de olvidar la función que desempeñan los jueces nacionales en tanto que jueces comunitarios. Sin embargo, no existen normas específicas al respecto, ni tampoco el Tribunal de Justicia ha adoptado ninguna resolución en este sentido. Queda por ver cuál será la estructura institucional que quedará tras la eventual aprobación de la futura Constitución Europea.

Tras esta introducción de carácter general sobre la colegialidad y su mengua paulatina, se ha de señalar que la tutela cautelar es uno de los campos en los que el juez único hace su aparición con mayor fuerza. Ello incluso a pesar de que algunos autores franceses, comentando la reforma de las medidas cautelares en Francia, hayan afirmado que la colegialidad ha sido tradicionalmente un elemento esencial para una buena administración de justicia en las demandas de suspensión, debido a que se trataba de una manifestación del carácter necesariamente solemne y excepcional de un procedimiento que constituía una derogación del principio de la no suspensión de los actos administrativos.⁶⁵⁰

El denominado *juez de référé* en Francia es una de las excepciones a la colegialidad, y ello para todo tipo de medidas cautelares, ya que todas ellas siguen en general el mismo iter procedimental, sin distinguir entre la suspensión y otro tipo de medidas.⁶⁵¹ El art. L. 511-2 CJA establece que los jueces competentes para conocer de las demandas de *référé* son los presidentes de los Tribunales Administrativos de Primera Instancia y de los Tribunales Administrativos de Apelación, o bien los Magistrados que éstos designen a dichos efectos, que habrán de responder a las características previstas en la ley en cuanto a la antigüedad y el grado se refiere. En lo que afecta al Consejo de

⁶⁵⁰ Cf. C. MORLOT-DEHAN, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, Petites Affiches (PA) 176 (2000), pp. 4ss., en concreto p. 11.

⁶⁵¹ V. en general O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, París, 1991, pp. 173ss.

Estado, es competente el Presidente de la Sección del Contencioso, o bien los consejeros que se designen para tales fines. Por lo general, son jueces de *référé* los Presidentes Adjuntos de la Sección del Contencioso que, en número de tres, forman junto al Presidente de la Sección la internamente denominada *troika*, no tanto por la cantidad de sus miembros, que son cuatro, sino por su función de dirección de las actividades de la Sección. Pese a que estos Presidentes adoptan la resolución cautelar de forma individual, es habitual que mantengan reuniones informales entre sí una o dos veces por semana para discutir los asuntos, en especial con el Presidente de la Sección. Esta parece una solución adecuada, dado que aúna la agilidad que proporciona la decisión adoptada por una única persona y las garantías que se derivan de la consulta con el colegio de jueces al que el órgano resolutorio pertenece.

El sistema francés ha sido heredado por el Derecho comunitario en este punto y, por ello, el Presidente del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia son los competentes para adoptar las medidas cautelares, a no ser que deleguen esta facultad en otro magistrado, o bien que remitan la cuestión al Tribunal al completo, algo que sucede con las cuestiones de especial complejidad.⁶⁵² Los arts. 85 RPTJ y 106 RPTPI establecen que el Presidente resolverá él mismo o atribuirá la demanda al Tribunal, en el supuesto de adopción de la medida. En caso de que se vaya a optar por la no adopción de la medida, el Presidente lo atribuirá necesariamente a la Sala a la que se haya asignado el asunto principal, o al Pleno del Tribunal de Primera Instancia, si el asunto principal fuera de la competencia de este último. De ser atribuido el caso al Tribunal en Pleno, éste ha de conocer del mismo con absoluta prioridad.⁶⁵³ Sin embargo, en la práctica es el Presidente quien resuelve la mayor parte de los asuntos.

⁶⁵² Un caso paradigmático es el de la encefalopatía espongiforme bovina: Auto de 12 de julio de 1996, as. C-180/96R, *Reino Unido c. Comisión*, Rec. 1996, p. I-3903.

⁶⁵³ Cfr. G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La tutela cautelar en el Derecho comunitario*, en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS / D.J. LÑÁN NOGUERAS (eds.), "El Derecho comunitario y su aplicación judicial", Civitas, Madrid, 1993, pp. 633ss., p. 635.

En Alemania, las resoluciones en materia cautelar las adopta el órgano pluripersonal competente en cada caso para conocer de la cuestión de fondo. Sin embargo, la ley de la jurisdicción establece la posibilidad de otorgar la competencia en un caso concreto a un juez único, a reserva de una ulterior remisión al colegio de jueces si ello se estima necesario.⁶⁵⁴

En fin, en España, la legislación no contempla precisiones en este aspecto. La ausencia de un reglamento de procedimiento que desarrolle la ley de la jurisdicción plantea, por tanto, este tipo de lagunas, respecto de las cuales es discutible que deba acudir, sin más, a la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁶⁵⁵ Por ello, habrá de estarse a las normas generales de la organización y el proceso, de manera que los autos de medidas cautelares serán adoptados con carácter general por un juez unipersonal en la primera instancia, mientras que el colegio conocerá de estas pretensiones en los recursos. En la práctica, además, los autos se preparan por un juez ponente, que suele ser el competente por razón de la materia, y con posterioridad se adoptan por el colegio. Esta forma de operar recuerda en buena medida a la existente en Francia y parece conciliar adecuadamente las exigencias de agilidad y de colegialidad, en la medida en que, en efecto, se produzca el intercambio de pareceres que caracteriza a esta última.

En cuestión de recursos, ante la ausencia de previsiones específicas, la competencia resulta similar a la de la instancia, con ciertos matices. En España resuelve en todo caso un órgano colegiado, mientras que en Francia lo hace un órgano unipersonal. El Derecho comunitario sólo conoce un tipo de recurso, el de casación, y en estos supuestos existe una remisión al procedimiento de medidas cautelares de la

⁶⁵⁴ Art. 80.8 VwGO (para la suspensión) y 123.2 VwGO (para las órdenes provisionales), que remite al art. 80.8 VwGO en este aspecto. Al respecto puede verse H. GOERLICH, *Konsentierter Einzelrichter an Verwaltungsgerichten auch im Eilverfahren?*, NVwZ 1991, pp. 541ss.

⁶⁵⁵ V. al respecto el capítulo 2, relativo a la naturaleza de las medidas cautelares, donde se trata ampliamente esta cuestión.

instancia, de manera que también, en principio, resuelve el Presidente.⁶⁵⁶ Finalmente, en Alemania, también rige la regla general de la colectividad, en especial en lo que al Tribunal Administrativo Federal se refiere, si bien en los Tribunales Administrativos de Apelación, los *Oberverwaltungsgerichte*, se admite, como en la instancia, la atribución del conocimiento de la causa a un juez único.

Tras todo lo anterior, considero que el juez de las medidas cautelares ha de ser aquel que tiene conocimiento de la materia de que se trate. Así, a título de ejemplo, quien en virtud del reparto de trabajo en los tribunales conozca de las cuestiones de urbanismo será quien haya de resolver la pretensión cautelar. Entiendo, además, que habrá de preverse en todos los ordenamientos una suerte de cláusula similar a la existente en Francia, esto es, que quede expedita la vía para remitir la cuestión a un Tribunal. La fórmula idónea sería aquella que estableciera la existencia de una suerte de juez ponente, que estudia el asunto, pero que puede consultar con el resto.⁶⁵⁷

II.- LA DEMANDA Y LA PRETENSIÓN CAUTELAR

Una de las características de la demanda de una medida cautelar es la exigencia de que su solicitud tenga lugar mediante escrito separado y diferenciado de la demanda principal. Ello es así debido a que el *iter* que siguen ambos procedimientos es distinto y porque los avances que ofrezca la instrucción en el procedimiento de fondo en principio no debería afectar al procedimiento cautelar.⁶⁵⁸ A pesar de esta circunstancia, la evolución de las causas y la aceleración del conocimiento de las mismas puede situar al juez en la tesitura de tener que ofrecer de forma rápida una resolución sobre el

⁶⁵⁶ Cfr. 57 ETJCE.

⁶⁵⁷ Es, en cierta manera, lo que ocurre en Alemania. Cfr. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, Munich, 4ª ed., 1998, p. 145. El Presidente del colegio de jueces suele delegar en el juez ponente el desarrollo del proceso.

⁶⁵⁸ Este es un límite clásico, como se verá, a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

fondo. Por ello habrá de plantearse en qué medida esta posibilidad le está o no permitida. En fin, según las características de la pretensión cautelar puede también ser necesario adoptar unas medidas, que reciben por lo general la denominación de “provisionalísimas”, y que operan en el tiempo necesario para que el juez estime o no la solicitud.

1.- Instrumentalidad y medidas provisionalísimas

La instrumentalidad es, en tanto que característica esencial de las medidas cautelares, una condición de admisibilidad de la demanda, algo que en Francia ha sido en cierta manera criticado por el carácter gravoso que presenta, dado que tradicionalmente su apreciación solía redundar en perjuicio de la pretensión.⁶⁵⁹ También en el Derecho comunitario el vínculo de la instrumentalidad es estudiado desde el principio del proceso⁶⁶⁰, algo que sin embargo no ha suscitado críticas como en el caso galo.

Pese ser una condición de admisibilidad de la demanda, debido a su carácter estructural de las medidas cautelares, algunas legislaciones nacionales permiten la solicitud de este tipo de medidas (las denominadas “medidas provisionalísimas”)⁶⁶¹ antes de la interposición de la demanda principal, algo que en principio no respetaría la instrumentalidad entre la pretensión cautelar y la de fondo. Ello es así debido a que los tantas veces mencionados problemas de la justicia y, en especial, su lentitud han terminado por afectar a los instrumentos creados para vencer sus efectos: las medidas

⁶⁵⁹ J.-M. FÉVRIER, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, L'Harmattan, París, 2000, pp. 87ss.

⁶⁶⁰ B. PASTOR BORGONÓN / E. VAN GINDERACHTER, *El Procedimiento de Medidas Cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 24ss.

⁶⁶¹ Algún autor prefiere la denominación de “medidas cautelarísimas”. Cfr. J.L. GIL IBÁÑEZ, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Una visión práctica*, Colex, Madrid, 2001, cit., p. 72.

cautelares. Así, la proliferación de estas medidas ha supuesto que hayan perdido su virtualidad para garantizar en buena parte de los casos la eficacia de la sentencia. El tiempo necesario para integrar el contenido de los criterios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, así como la creciente complejidad de los asuntos, ralentizan los procedimientos y, ante esta situación, el legislador ha debido crear otros instrumentos que respondan a las mismas necesidades que justificaron en su momento el nacimiento de las medidas cautelares en sentido clásico.

En Alemania, el art. 123 VwGO permite la solicitud de órdenes provisionales aun antes de la interposición de la demanda en el proceso principal cuando existe un peligro para el derecho de quien solicita la medida.⁶⁶²

También en España cabe la solicitud de medidas cautelares antes de la interposición del recurso en los supuestos de vía de hecho o de inactividad de la Administración.⁶⁶³ La ley establece un plazo de diez días para *ratificar* la medida en la interposición del recurso. De no ser interpuesto, la medida queda sin efecto y el solicitante deberá indemnizar por daños y perjuicios. En estos casos existe una urgencia especial para el afectado, quien por esta razón solicita de modo inmediato unas medidas cautelares relacionadas con un proceso cuya preparación requiere cierto tiempo, pero durante el cual existe el peligro de sufrir unos daños. Con vistas a ese ulterior proceso, el juez puede adoptar las medidas en cuestión y esperar a que la solicitud sea ratificada en el escrito de interposición del recurso. Todo ello bajo condición de interponer el recurso en el plazo previsto y con la obligación de reparar los daños y perjuicios acarreados si no se procede de este modo. Con todo lo anterior, no parece que en estos casos la instrumentalidad se vea violentada, dado que en puridad las medidas se

⁶⁶² Art. 123.1 VwGO: *El Tribunal puede, a instancia de parte y también antes de la interposición de la demanda, dictar una orden provisional sobre el objeto litigioso, cuando exista el peligro de que por un cambio de las circunstancias presentes pudiera malograrse el derecho del que presenta el escrito o se dificultara esencialmente. (...).*

⁶⁶³ Art. 136.1 LJ.

adoptan con vistas a un proceso y para servir a éste. Otro tipo de medidas provisionalísimas en el ordenamiento español son las previstas en el art. 135 LJ, que prevé que en circunstancias de especial urgencia el juez puede adoptar la medida solicitada sin audiencia de la parte contraria, pero, eso sí, una vez interpuesto el recurso principal.⁶⁶⁴ En fin, se debe hacer mención de la doctrina del Tribunal Constitucional desde su sentencia 78/1996, de 20 de mayo, que estableció el régimen de suspensión automática de las sanciones en tanto no se resuelva la pieza separada de suspensión.⁶⁶⁵

Este tipo de medidas, por otro lado, también tienen cabida en el Derecho comunitario⁶⁶⁶ y, al igual que en el caso español, son aquellas que se justifican por la concurrencia de una especial urgencia. Hace relativamente poco tiempo se modificó el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia con vistas a acelerar los procedimientos⁶⁶⁷. La reforma, que entró en vigor el 1 de febrero de 2001, afectó a diversos aspectos del procedimiento (plazos, medios de comunicación...) y creó un procedimiento acelerado (que incluso en la traducción al castellano se denomina con la expresión inglesa de "*flash track*"), mediante la incorporación de un nuevo artículo, el 76 bis, al Reglamento de Procedimiento. El procedimiento acelerado se aplica en los

⁶⁶⁴ Se ha de indicar que el término "medidas provisionalísimas" se emplea, por lo general, para designar aquellas medidas adoptadas al amparo de lo establecido en este artículo 135 LJ, es decir, aquellas que, debido a una especial urgencia, han de adoptarse prescindiendo de un trámite procedimental de tal envergadura como es el trámite de audiencia. Sin embargo, no es infrecuente encontrar esta denominación para referirse a las medidas particulares que ha previsto el art. 136 LJ para los supuestos de inactividad y vía de hecho.

⁶⁶⁵ Sobre esta sentencia, v. R.O. BUSTILLO BOLADO, *Eficacia de los actos de gracia y tutela judicial efectiva. A propósito de la STC 78/1996, de 20 de mayo*, RAP 143 (1997), pp. 285ss. C. CHINCHILLA considera que esta doctrina constitucional no ha de entenderse restringida a las sanciones, sino que sus efectos se extienden a todos los actos administrativos. Entiendo, sin embargo, que del razonamiento del Tribunal no se deduce este régimen general, régimen que, de otro lado, podría contribuir de nuevo a la ralentización de los recursos. Cfr. C. CHINCHILLA MARÍN, *Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, "Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa", CGPJ, Madrid, 1999, pp.15ss.[p. 27].

⁶⁶⁶ Arts. 84.2, apart. 2 RPTJ y 105.2 apart. 2 RPTPI.

⁶⁶⁷ DO L 322, el 19 de diciembre de 2000.

supuestos de especial urgencia - en los que el litigio ha de ser resuelto de modo inmediato - para los cuáles las medidas provisionales constituyen un mecanismo demasiado lento para la satisfacción de las pretensiones del demandante. Este procedimiento - presidido por la oralidad - indica cómo el factor tiempo preside hoy día el mundo del Derecho; las exigencias del contexto económico, fundamentalmente, no se adecuan a las “reposadas formas del proceso”⁶⁶⁸ y se impone la creación de nuevos instrumentos acordes con la realidad. Esta parece ser la tendencia en algunos ordenamientos nacionales que, como el francés, han introducido recientes reformas en su sistema de medidas cautelares, incorporando, junto a las medidas clásicas, procesos sumarios con plazos extraordinariamente breves.

En Derecho francés, sin embargo, las medidas provisionálísimas han desaparecido tras la entrada en vigor del nuevo Código de Justicia Administrativa. En efecto, hasta enero de 2001, el ahora derogado art. L. 10 CTA-TAA regulaba la suspensión, que operaba en el tiempo necesario para que el juez pudiera adoptar una decisión sobre la demanda de *sursis à exécution*, o suspensión propiamente dicha del acto administrativo.⁶⁶⁹

Un supuesto distinto es aquél en el que el instituto procesal empleado no dependa en ningún modo de un proceso principal, como es el caso de algunos *référé* en Francia (singularmente el *référé-liberté*), de ciertas órdenes provisionales en Alemania o de determinadas aplicaciones de las medidas previstas en el art. 136 de la Ley española de la jurisdicción (algo equivalente a un interdicto administrativo). En estos supuestos la autonomía del instrumento empleado remite a instituciones de otra naturaleza, a

⁶⁶⁸ C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 37.

⁶⁶⁹ Sobre esta cuestión, con carácter general, véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001, pp. 375-377. Por extenso, v. F.L. RUIZ PIÑEIRO, *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 107ss. Sobre las medidas provisionálísimas en Alemania, v. Th. WÜRTENBERGER, *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 1998.

procesos independientes, sumarios, que se someten, por tanto, a un régimen jurídico específico.⁶⁷⁰

2.- La formulación de la solicitud

La formulación de la solicitud de medidas cautelares viene determinada por dos características de las mismas. De un lado, por la instrumentalidad que acabamos de citar. De otro, por la independencia de ambos procedimientos, el cautelar y el de fondo, que en principio se rigen por criterios y normas diferentes y no han de influenciarse mutuamente, al margen de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Suele ser común el exigir la presentación de escrito separado para la solicitud de las medidas cautelares, exigencia que se justifica desde el punto de vista de la garantía de la independencia de ambos procedimientos y que aparece presidida por el temor al perjuicio de la cuestión de fondo. Así, el Código de Justicia Administrativa francés, siguiendo la tradición también en este aspecto, establece en su art. R. 522-1 que las demandas de suspensión han de presentarse en escrito separado, si bien se ha de acompañar copia del recurso principal, sin la cual la solicitud de suspensión puede declararse inadmisibile, consecuencia que se deriva necesariamente de la instrumentalidad a que hacía referencia. Para el resto de medidas cautelares de las consideradas “urgentes” y, por ello, reguladas en la parte legislativa del Código⁶⁷¹, sin embargo, no se exige la presentación de escrito separado, limitándose el texto a prescribir cuál ha de ser el contenido de la solicitud, a saber: la exposición somera de

⁶⁷⁰ ORTELLS RAMOS alude a la existencia de medidas cautelares en las que no concurre el elemento de la instrumentalidad, pero reconoce que este tipo de situaciones probablemente reciben mejor solución técnica de la mano de procesos sumarios. Cfr. M. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, pp.38-39, con referencias bibliográficas.

⁶⁷¹ Como se indicaba en el Capítulo 5, estas medidas son las denominadas *référé-suspension*, *référé-litige* y *référé-conservatoire*.

los hechos y los argumentos que justifican la urgencia del asunto.⁶⁷² El hecho de que no sea necesario presentar un escrito separado obedece a diversas consideraciones. En el caso del denominado *référé-liberté*⁶⁷³ ello es debido a que la solicitud constituye ella misma un recurso principal y, en lo que respecta al *référé-conservatoire*⁶⁷⁴, su justificación deriva de dos características. En primer lugar, se trata de una medida “preparatoria” de un eventual recurso que todavía no se ha planteado, de manera que, a pesar de que existe una relación instrumental con el mismo, la medida es independiente – más aún que el resto de medidas – y, por ello, es objeto también de tratamiento procedimental diferenciado. En la práctica, por tanto, su solicitud sí tiene lugar en un escrito separado, pero no coetáneo al proceso principal, sino anterior, porque lo prepara; e independiente, porque no se exige la presentación posterior de la demanda (al contrario que en el similar supuesto español de las reacciones frente a la vía de hecho, que presentan enormes similitudes con el *référé-conservatoire*)⁶⁷⁵. En segundo lugar, es una medida cautelar apegada a lo fáctico, con ella se pretende evitar que se consoliden ciertos hechos que presentan un peligro para los bienes jurídicos y las situaciones protegidas por el Derecho, consolidación que habría de acaecer antes del tiempo necesario para formular un recurso sobre el fondo del asunto. Algo similar ocurre con el *référé-constatation*⁶⁷⁶, mediante el cual el juez procede a constatar determinados hechos que pudieran eventualmente dar lugar a un litigio, pero sin que concurra el elemento de peligro que caracterizaba el *référé-conservatoire* (circunstancia que justifica que esta medida se regule en la parte reglamentaria del Código y no en la parte legislativa). Asimismo, el *référé-instruction*, mediante el cual el juez puede ordenar todo tipo de medidas de peritaje o instrucción, incluso en ausencia de acto administrativo previo, la solicitud se presenta

⁶⁷² V. primer párrafo del art. R. 522-1 CJA.

⁶⁷³ Cfr. art. L. 521-2 CJA.

⁶⁷⁴ Cfr. art. L. 521-3 CJA.

⁶⁷⁵ Al respecto v. el capítulo 2.

⁶⁷⁶ Cfr. art. R. 531-1 CJA.

al margen de la demanda principal. Se entiende que en estos supuestos no concurre la especial urgencia que se exige en el *référé-conservatoire*, circunstancia que justificaría su inclusión en la parte reglamentaria y no en la parte legislativa del Código. Sin embargo, los solapamientos entre ambas medidas son frecuentes. Finalmente se encuentra el denominado *référé-provision*, para el que el Código de Justicia Administrativa establece expresamente que no se requiere la presentación de una demanda sobre el fondo del asunto.⁶⁷⁷ Como se puso de manifiesto en otros capítulos, también el *référé-provision* puede ser considerado un instrumento de urgencia autónomo, diferente de las medidas cautelares en sentido clásico.

A imagen de algunas tradiciones nacionales, el Derecho comunitario exige la presentación de la solicitud de las medidas mediante escrito separado, siguiendo los requisitos procedimentales previstos en los Reglamentos para el procedimiento ordinario. En la demanda se ha de dejar constancia del proceso principal con respecto al cuál se solicitan las medidas, en coherencia con la consideración de la instrumentalidad como condición de admisibilidad de la demanda.⁶⁷⁸ Otras condiciones de admisibilidad de la demanda son la urgencia y la apariencia de buen derecho, tal y como establecen los arts. 83.2 RPTJ y 104.2 RPTPL. Dado que estos dos requisitos son al mismo tiempo condiciones de fondo para la adopción de medidas cautelares, su explicación detallada se realizará en dicho apartado.

La regulación española también prevé la independencia de ambos procedimientos, estableciendo el art. 131 LJ que “el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada”. Ello no es óbice, sin embargo, para que el solicitante plantee su petición juntamente con el escrito de interposición del recurso o en la propia demanda. Para un supuesto específico, la solicitud de suspensión de disposiciones generales, el art. 129.2 LJ exige que se realice en uno de estos dos momentos procesales y en el

⁶⁷⁷ Cfr. art. R. 541-1 CJA.

⁶⁷⁸ Cfr. B. PASTOR BORGONÓN/ E. VAN GINDERACHTER, cit., p. 25.

propio escrito de interposición o en el de demanda. Para el resto de supuestos es válido cualquier estadio del procedimiento, incluso en fase de recurso.⁶⁷⁹

En Derecho alemán la cuestión es algo más compleja, debiendo diferenciar, en primer lugar, la suspensión, que por lo general es automática, y el resto de medidas cautelares. Pese a que la regla en los recursos de anulación es la suspensión automática, ya se vio cómo su virtualidad se está relativizando y las excepciones establecidas por leyes federales o de los *Länder* aumentan constantemente. Por ello, el procedimiento de restitución del efecto suspensivo previsto en el art. 80.5 VwGO – equiparable a los procedimientos de solicitud de la suspensión existentes en otros ordenamientos – es el que en la práctica resulta de aplicación mayoritaria. En este procedimiento sí se exige un escrito que presente idénticas características a la demanda del proceso principal.⁶⁸⁰ Resulta cuanto menos curioso que la doctrina no parezca exigir un vínculo claro con dicho proceso principal, sino que lo considere sólo “recomendable”⁶⁸¹, pero en la práctica la referencia al mismo resulta inevitable. Sí es necesario, en función de la instrumentalidad, que se haya interpuesto el correspondiente recurso de anulación. Cuestión distinta es la solicitud de medidas provisionálsimas, pero para ello el art. 80.5 VwGO no es el canal procedimental adecuado.⁶⁸² Al igual que en el caso español, no es

⁶⁷⁹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, vol. II, 6ª ed., 1999, p. 627. Algún autor, sin embargo, considera que se ha de excluir el recurso de casación debido a sus especiales características. Cfr. F. RUIZ RISUEÑO, *El proceso contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, Madrid, Colex, 1998. Apud J.L. GIL IBÁÑEZ, cit., pp. 58-59. De admitir esta interpretación se estaría eliminando la posibilidad de solicitar medidas cautelares en vía de recurso, toda vez que la casación puede considerarse en la práctica el recurso ordinario en el contencioso-administrativo.

⁶⁸⁰ FINKELNBURG y JANK afirman que se trata de una aplicación analógica del art. 81 VwGO, que regula con carácter general las condiciones de interposición del recurso contencioso-administrativo. Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 436.

⁶⁸¹ Véase K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 437.

⁶⁸² En efecto, las medidas provisionálsimas, o *vortreffender Rechtsschutz*, se adoptan sobre la base del art. 123 VwGO, regulador de las órdenes provisionales. Algunos autores han propuesto la aplicación analógica del art. 80.5 VwGO a las medidas provisionales en virtud del derecho a una tutela judicial

necesario que la solicitud se produzca en el momento mismo de interposición de la demanda principal, sino que se admite en cualquier momento durante la tramitación del procedimiento, con el límite máximo del plazo en el que ha de resolverse la acción principal.⁶⁸³ En los procedimientos de asilo político, la ley de asilo político establece el plazo único de una semana.⁶⁸⁴

Distinto de la suspensión es el régimen de las órdenes provisionales, si bien existe un nexo de unión entre ambos, dado que una solicitud de adopción de una orden provisional puede ser transformada en una solicitud de restablecimiento del efecto suspensivo.⁶⁸⁵ Para las órdenes provisionales se requiere, en todo caso, un escrito de interposición, estándole vedada al juez la posibilidad de adoptar de oficio las medidas que estime oportunas, en virtud del principio dispositivo que rige el proceso contencioso.⁶⁸⁶ En lo que a los requisitos del escrito se refiere, las condiciones son idénticas a las exigidas para los escritos de solicitud de restitución del efecto suspensivo, esto es, las recogidas en los arts. 81 y 82 VwGO, de manera que me limitaré a remitir a lo ya expuesto en el párrafo precedente. La doctrina insiste en la necesidad de justificar la vulneración de un derecho subjetivo, al igual que ocurre con el procedimiento principal, algo coherente con el conjunto del sistema de tutela frente a la Administración en Alemania.⁶⁸⁷

efectiva. Cfr. F. KOPP, DÖV 1967, pp. 843ss.; RENCK, NJW 1968, pp. 93ss.; ZEPF, VBlBW 1969, pp. 22ss. Contrarios a esta opinión son FINKELNBURG y JANK, que sostienen que quien dispone de tiempo para preparar una solicitud de suspensión también lo tiene para preparar el recurso administrativo o de anulación correspondiente. Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 438.

⁶⁸³ K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 439.

⁶⁸⁴ Cfr. art. 36.3 AsylVfG, de 27 de julio de 1993.

⁶⁸⁵ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 436, remitiéndose a diversos pronunciamientos de la jurisprudencia.

⁶⁸⁶ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 45.

⁶⁸⁷ Véase especialmente K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., pp. 46ss.

Tanto en la suspensión como en las órdenes provisionales es clara la independencia del procedimiento cautelar, al margen de la instrumentalidad determinada por la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva, cuya solicitud se presenta en un escrito separado y se desarrolla de forma procesalmente autónoma. La doctrina insiste, en efecto, en que se trata de procedimientos independientes el uno del otro, con objeto y normas procedimentales propias. Como prueba de ello alegan la posibilidad de interponer la demanda cautelar antes incluso de la interposición de la demanda principal.⁶⁸⁸ Ello no obstante, entiendo que este argumento no es definitivo, dado que el procedimiento cautelar pretende, en todo, salvaguardar un derecho subjetivo cuya protección definitiva viene dada por el procedimiento principal, de manera que la característica de la independencia ha de ser relativizada.

3.- El desarrollo del procedimiento

Resulta complejo referirse al desarrollo del procedimiento cautelar, toda vez que existen regímenes diversos en función de las medidas a adoptar en cada uno de los ordenamientos. Tras la presentación de la demanda en los términos indicados en el epígrafe anterior, se da traslado a la parte contraria para que formule alegaciones, en un plazo que varía de unos ordenamientos a otros. Así, en España, la Ley de la Jurisdicción prevé en su art. 131 un plazo de diez días, eliminándose el requisito de solicitar un informe a la Administración autora del acto o disposición objeto del recurso⁶⁸⁹, en aquellos supuestos en los que el Abogado del Estado se hubiera opuesto a la suspensión, alegando un perjuicio para los intereses generales.⁶⁹⁰ Como constata

⁶⁸⁸ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 132 (para las órdenes provisionales) y p. 443 (para la suspensión).

⁶⁸⁹ Quizás por ello el art. 131 LJ establece asimismo que, de no comparecer la Administración demandada, la audiencia tendrá lugar con el órgano autor de la actividad impugnada. Ambas previsiones normativas parecen indicar el celo del legislador por vencer los efectos negativos de una eventual desidia de la Administración.

⁶⁹⁰ Antiguo art. 123.2 de la derogada Ley de la Jurisdicción de 1956.

Mariano BACIGALUPO, esta exigencia ralentizaba considerablemente el curso del procedimiento,⁶⁹¹ en especial si tiene en consideración que los Abogados del Estado solían oponerse siempre y en todo caso a la suspensión.

A diferencia del caso español, los derechos francés⁶⁹², alemán⁶⁹³ y comunitario⁶⁹⁴ carecen de plazos previstos normativamente y se delega en el juez la competencia para ir determinándolos, atendiendo a las características de cada caso.

En Derecho francés está prevista una vista en todo caso⁶⁹⁵, vista que se rige por el principio de contradicción.⁶⁹⁶ En Derecho alemán en ninguno de los casos (suspensión u órdenes provisionales) es obligatoria la vista, si bien el juez puede proponer que tenga lugar una audiencia, sin las características formales de una vista, en aras a clarificar los aspectos oscuros y para formarse una imagen más acertada del

⁶⁹¹ M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, p. 186.

⁶⁹² El art. R. 522-2 CJA, aplicable a los tres *référé* de urgencia, establece que, tras la presentación de la demanda, se dará traslado a la parte contraria, que podrá formular las alegaciones que estime oportunas, respetando los plazos impuestos por el órgano jurisdiccional, plazos que - atendiendo al tenor general que caracterizó la reforma de la normativa reguladora del contencioso-administrativo - han de ser lo más reducidos posibles. En lo que respecta a los *référé* ordinarios - el *référé-constatation*, el *référé-instruction* y el *référé-provision* - el procedimiento se encuentra menos formalizado. Así, para el primero de ellos, en la medida en que su naturaleza se vincula en gran medida a la de los instrumentos de prueba, se adopta directamente en todos los supuestos en los que el juez lo estime necesario, existiendo la posibilidad de interponer tercera por quien estime que le corresponde un mejor derecho (art. R. 531-1 CJA). Para el segundo y el tercero, tras la presentación de la demanda, se notifica a la parte contraria y se establece un plazo para alegaciones, que permiten al juez adoptar la resolución que estime oportuna (arts. R. 532-1 CJA, R. 532-2 CJA, R. 541-1 CJA y R. 541-2 CJA).

⁶⁹³ En Alemania, tanto en la suspensión como en las órdenes provisionales, el juez va determinando los plazos que estime necesarios y, en concreto, aquél en el cual la parte demandada habrá de manifestar su posición. Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., pp. 146ss. (órdenes provisionales) y pp. 443ss. (suspensión).

⁶⁹⁴ Cfr. arts. 84.1 RPTJ y 105.1 RPTPI.

⁶⁹⁵ Cfr. art. R. 522-4 CJA.

⁶⁹⁶ Cfr. art. R. 522-5 CJA.

conflicto. Sobre la oportunidad de dicha audiencia decide el colegio de jueces, pero se suele prescindir de la misma por motivos de tiempo.⁶⁹⁷ En Derecho comunitario, a la fase escrita le sigue una vista, de la que el Presidente puede prescindir si considera que la fase anterior ha resultado suficiente para tomar la decisión. En la vista el Presidente formula preguntas a ambas partes y al Abogado General, si el procedimiento se sustancia ante el Tribunal de Justicia y, tras la reforma operada por el Tratado de Niza, en vigor desde el 1 de febrero de 2003, también ante el Tribunal de Primera Instancia. El Abogado General en este procedimiento especial no formula conclusiones, a diferencia del procedimiento ordinario, sino que se limita a emitir su opinión jurídica en el caso de modo algo más informal.⁶⁹⁸ En Derecho español, finalmente, no existe ninguna previsión al respecto, y nuevamente es de lamentar la inexistencia de un reglamento de procedimiento que desarrolle estos pormenores. La tradición del contencioso español, como es sabido, es la de un procedimiento escrito, en el que la oralidad suele ser la excepción. Por esta razón, parece que no tendrá lugar una vista, a menos que las circunstancias así lo requieran. Este es el caso, por ejemplo, de las medidas reguladas en el art. 135 LJ, las medidas cautelares provisionales, adoptadas sin oír a la parte contraria y cuyos levantamiento, mantenimiento o modificación requieren que las partes sean convocadas a una comparecencia.

Por último, tras el periodo probatorio⁶⁹⁹ en su caso, el juez competente resuelve por medio de auto⁷⁰⁰ motivado⁷⁰¹, auto que no prejuzgará la decisión sobre el asunto

⁶⁹⁷ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., pp. 146ss. (órdenes provisionales) y pp. 443ss. (suspensión).

⁶⁹⁸ Cfr. fundamentalmente G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, cit., pp. 635-537.

⁶⁹⁹ Ni el Derecho español, ni el francés, ni el alemán, ni el comunitario contienen referencias al periodo probatorio en este procedimiento, ni al tipo de prueba que cabe practicar. Todo ello depende, por lo tanto, de lo establecido por el juez.

⁷⁰⁰ *Ordonnance* en Francia y *Beschluß* en Alemania.

⁷⁰¹ Arts. 86.1 RPTJ y 107.1 RPTPI. El requisito de la motivación no consta en los ordenamientos nacionales, pero su necesidad parece evidente, en especial si se tiene en cuenta la relevancia de una decisión de estas características y la vinculación de la tutela cautelar con la tutela judicial efectiva.

principal y que, a instancia de parte, podrá ser modificado o revocado en cualquier momento si varían las circunstancias (regla *rebus sic stantibus*). Los plazos de resolución también varían y, al igual que ocurría con el traslado del expediente y la audiencia de la parte contraria, mientras que la ley española establece un plazo de cinco días para que el juez adopte la resolución pertinente, en el resto de ordenamientos no existe un plazo previsto de tales características. Rige, como explícitamente se ha recogido para el Derecho francés, la máxima de los "mejores plazos".

III.- LOS PODERES DEL JUEZ CAUTELAR

El procedimiento converge en una resolución judicial sobre la pretensión cautelar. Del mismo modo que la institución de las medidas cautelares ha sufrido una evolución, de manera que el abanico de pretensiones susceptibles de ser interpuestas ha aumentado considerablemente, también lo han hecho los poderes del juez. Este fenómeno, el aumento de los poderes del juez, no es sólo propio de la tutela cautelar, sino común a todo el contencioso-administrativo, y ha dado lugar a conocidas y encendidas polémicas, al menos en lo que a la doctrina española se refiere.⁷⁰² De hecho, el papel del juez en el Estado democrático, así como sus funciones y efectivo poder en la actualidad, han sido objeto de numerosos estudios, dado que se trata de una cuestión que conecta con la esencia del concepto de poder y su división que, inevitablemente, subyace a toda construcción jurídico-pública.⁷⁰³

⁷⁰² En España se ha de citar el intercambio de opiniones entre los profesores T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y L. PAREJO ALFONSO, opiniones que se encuentran recogidas en sus respectivas obras *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1999 y *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

⁷⁰³ En el contexto europeo es inevitable hacer mención de la obra de quien fuera juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades, H. RASMUSSEN, *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policymaking* [Kluwer, Dordrecht, 1986], en la que se constató la desnudez del Rey al afirmar que el Tribunal de Justicia adopta resoluciones de carácter político en sus sentencias.

Se ha dado, además, un nuevo paso, indicando que una de las cuestiones cruciales hoy en día no es sólo la discusión relativa a los límites del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa, sino que se ha indagar en la discrecionalidad del propio órgano jurisdiccional.⁷⁰⁴ En ámbitos como el de la tutela cautelar, en el que el juez tiene expedito el camino para operar del modo que estime conveniente, ante la falta de una regulación completa de la materia, y debido al hecho de tratarse de un procedimiento tan apegado a los hechos, el control de dicha discrecionalidad resulta imprescindible. Un mecanismo de control podría ser un control preventivo, la imposición de un modelo de argumentación racional, con ciertas exigencias sustanciales, de manera que el juez se viera constreñido a respetar ciertas reglas del juego con las cuales el resultado no podría menos que ser adecuado a las circunstancias, al margen del mayor o menor grado de satisfacción que pudiera generar en el caso concreto.

Con todo ello, se puede señalar que la tutela cautelar, por los motivos indicados, es un ámbito en el que todas las discusiones y debates que afectan a la figura del juez se acentúan en mayor medida. Teniendo en cuenta este dato, se presentará a continuación cuál es el tipo de resoluciones que puede adoptar el juez cautelar, así como sus poderes para modificar la resolución adoptada en función del cambio de las circunstancias que motivaron la decisión originaria. Esta facultad, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no se encuentra exenta de límites. Antes al contrario, precisamente con ellos se trata de no perturbar al gran fantasma que persigue a las medidas cautelares: la prohibición de prejuzgar el fondo. Finalmente se expondrá el régimen de contracautelas de las medidas cautelares, que constituyen el corolario del sistema.

⁷⁰⁴ Véase al respecto L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, RAP 100-102 (1983), vol. II, pp. 1083ss. El autor considera que es el momento de reflexionar sobre el control de la discrecionalidad judicial desde un punto de vista externo - de la misma manera que sucede con el control de la discrecionalidad administrativa -, es decir, desde fuera del propio poder judicial. Para ello analiza ciertas resoluciones del Tribunal Constitucional que de un modo u otro conocen de esta materia.

1.- El contenido de la resolución cautelar y los poderes de oficio del juez

La referencia al contenido de la resolución cautelar, para empezar, es una referencia imprecisa, debido, en primer lugar, a la naturaleza plural de este tipo de resoluciones, que deriva de la naturaleza asimismo plural de las pretensiones que tienen cabida en la moderna configuración del contencioso-administrativo. Así, en función de cada pretensión, las resoluciones cautelares lo serán de suspensión, de condena de hacer o de condena de no hacer.⁷⁰⁵ Además, en los supuestos en los que la medida cautelar sirva a fines de aseguramiento de la prueba o de su anticipación, la resolución ordenará la prueba pertinente y establecerá los medios necesarios para ello. Más allá, por tanto, de la mención específica de los diversos tipos de resoluciones que caben en este contexto, y que derivan de cada caso concreto, entiendo que se han de realizar algunas precisiones de carácter más general, que responden a problemas o preocupaciones comunes.⁷⁰⁶

Una de las cuestiones que determinan el contenido de la resolución judicial es el alcance de los poderes de oficio del juez y, con ello, las facultades del mismo para configurar cautelarmente la relación jurídica a partir de los hechos y argumentos suministrados por las partes, o bien a partir de una indagación propia relativa a la situación subyacente y a la solución jurídica aplicable a la misma. Los poderes del juez en este ámbito, sin embargo, no son ilimitados, imponiéndose como límite claro y común la prohibición de prejuzgar el fondo. Esta prohibición desempeña un

⁷⁰⁵ V. a título ilustrativo S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Medidas cautelares y jurisdicción contencioso-administrativa*, Revista de Derecho Procesal, n. 1-3 (2001), pp. 199ss.

⁷⁰⁶ Un desarrollo exhaustivo de la configuración de las órdenes provisionales en Alemania se encuentra en K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., pp. 121ss. Sobre la suspensión, distinguiendo entre las resoluciones relativas a la suspensión estricta, a la orden de ejecución sin motivación suficiente, a la vía de hecho, a la revocación de la ejecución o al restablecimiento de la ejecución, véanse en la misma obra las páginas 450ss. V. también, el antiguo pero clásico, W. WIESELER, *Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, pp. 77ss. (suspensión), pp. 213ss. (órdenes provisionales).

importante papel en la apreciación del denominado "*fumus boni iuris*", tal y como ampliamente se desarrolla en el Capítulo 8, al que me remito.

Con carácter general se ha de indicar que, como en la totalidad del control contencioso-administrativo, el juez actúa a instancia de parte y en función de la pretensión y los argumentos suministrados por las partes. Así, el art. 129 LJ establece que "los interesados podrán solicitar *en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*", y el mismo verbo, solicitar, se emplea en el art. 136, apartado 2 LJ (que remite indirectamente al apartado 1 – donde se incluyen las medidas cautelares para supuestos de inactividad y vía de hecho - en este aspecto al indicar que "también" podrán solicitarse). El juez, por tanto, está a expensas de lo inicialmente solicitado por las partes, si bien sus poderes de configuración son amplios, toda vez que el conflicto se encuentra todavía abierto y ha de garantizar que dicha apertura permanezca en tanto no se adopte una resolución definitiva en el pleito. Precisamente la apertura le permite modificar el tenor de su pronunciamiento cautelar en función del cambio de circunstancias que originaron la adopción de la medida concreta.

En Francia, como ya se ha indicado, la regulación de la tutela cautelar no se realiza mediante el sistema de cláusula general, sino en atención a los diversos tipos de medida cautelar solicitados. Ello no obstante, existe un común denominador en todo el articulado, cual es la alusión a una demanda específica de la medida cautelar. Así, el art. L. 521-1 CJA indica que para la suspensión es necesaria "*una demanda en este sentido*", misma expresión que emplea el art. L. 521-2 CJA, regulador del *référé-liberté*. Para otras medidas, como el *référé conservatoire*, el *constat* (art. R. 531-1 CJA) o el *référé-instruction* (art. R. 532-1 CJA), la instancia de parte se mantiene, pero ya no se exige la formalidad de una demanda, sino una "simple solicitud" (*simple requête*). Finalmente, la falta de formalidad también es válida para el *référé provision*, cuya regulación, en el art. R. 541-1

CJA no exige una forma específica para realizar la solicitud, indicando simplemente que el demandante se ha dirigido al juez (*le créancier a saisi le juge des référés*).

Al igual que en los casos español y francés, el ordenamiento alemán sólo permite la adopción de cualquier medida cautelar a instancia de parte (*auf Antrag*), sea la suspensión (en realidad, se trata del restablecimiento del efecto suspensivo, en los supuestos que la ley excepciona del régimen general de suspensión automática) o sean las órdenes provisionales.⁷⁰⁷

En Derecho comunitario no existen precisiones al respecto, si bien tampoco se establecen excepciones explícitas a la norma según la cual la medida cautelar ha de ser solicitada en escrito separado, norma a la que ya me he referido. En el plano subjetivo, sin embargo, se ha de señalar que algunos autores consideran que la suspensión sólo puede ser solicitada por quien ha impugnado el auto en cuestión, mientras que el resto de medidas cautelares pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes en el proceso.⁷⁰⁸ Cabe preguntarse qué sucede con los terceros interesados que puedan ver peligrados sus derechos en el proceso.

2.- La cláusula *rebus sic stantibus*

La cláusula *rebus sic stantibus* es aquella que permite modificar o revocar la medida cautelar adoptada en función de un cambio de circunstancias que justifique tal alteración. Se trata de una cláusula reconocida en todos los ordenamientos jurídicos, si bien la práctica demuestra que su uso resulta bastante reducido. Dos explicaciones pueden justificar esta ausencia de aplicación. De un lado, la situación de la justicia no es la deseable en lo que a rapidez y eficacia se refiere. A ello contribuiría de forma negativa, sin duda, el hecho de que continuamente se estuvieran revisando los procesos

⁷⁰⁷ Cfr. artículos 80 y 123 VwGO.

⁷⁰⁸ Cfr. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, cit., p. 635.

a raíz de las modificaciones que fuera sufriendo el objeto del mismo. Por esta razón resulta lógico que la cláusula se restrinja a supuestos excepcionales como garantía de la efectividad de la sentencia, que es el fin que persigue la medida cautelar en todo caso. La segunda de las razones que explican la falta de aplicación de esta cláusula, vinculada con la primera, puede ser la previsión que consta también en buena parte de los ordenamientos según la cual los avances en el proceso principal no han de influir en el desarrollo del proceso cautelar. Si bien ello es así en aras a garantizar la independencia de ambos procesos, la instrumentalidad lleva a que en la práctica resulte difícil mantener una separación estricta.⁷⁰⁹ Por ello, y para evitar que se tengan en cuenta dichos avances y, con ello, solicitar la modificación de la medida, es posible que la aplicación de la cláusula haya quedado reducida a la excepcionalidad a la que me he referido.

En España, la cláusula *rebus sic stantibus* se regula en el art. 132.1 LJ, que reza como sigue:

“Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.”.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA, este artículo es el que dota de mayor rigidez al sistema de medidas cautelares previsto en la nueva Ley de la Jurisdicción.⁷¹⁰ En efecto, a juicio de este autor, basándose en un análisis de jurisprudencia, los jueces interpretan estos preceptos de tal manera que, de no haberse acordado la medida cautelar en el momento de interposición del recurso, ésta no puede ser solicitada más

⁷⁰⁹ Cfr. F.L. RUIZ PIÑEIRO, cit., p. 87.

⁷¹⁰ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales*

adelante, pese a que se disponga de mejores elementos de juicio. GARCÍA DE ENTERRÍA considera que precisamente los avances del proceso y, en concreto, el periodo probatorio, permitirán al juez formarse una idea más adecuada del mismo y, en aplicación de un *firmus boni iuris* más cercano a la realidad, adoptar la medida cautelar que estime oportuna.

Esta interpretación jurisprudencial de la cláusula *reus sic stantibus* no parece acorde con el sentido que tradicionalmente ha recibido en los ordenamientos y que se desprende del propio texto normativo. La cláusula alude a una modificación o revocación de la medida cautelar adoptada y no a una medida que se pueda adoptar en un momento posterior. Por esta razón no parece de recibo que se emplee para reducir las garantías previstas en otras partes del articulado.

En lo que respecta a la legitimación para solicitar este tipo de medidas, la Ley de la Jurisdicción silencia esta cuestión. El texto normativo utiliza la fórmula neutra de “*podrán ser modificadas o revocadas*”, dejando abierta la interpretación sobre una posible intervención de oficio del juez. Entiendo, sin embargo, que dadas las características y principios generales del contencioso-administrativo, según los cuales el juez actúa a instancia de parte, la modificación y revocación de las medidas cautelares adoptadas también habrán de venir dadas tras la solicitud de los interesados. El término “interesados” es empleado aquí de forma consciente, dado que, siguiendo de nuevo los principios generales del contencioso-administrativo, esta vez en lo que a la legítimación activa se refiere, cualquiera que presente un interés en la modificación o revocación de las medidas, debido a un cambio de circunstancias que pueda repercutir en su situación jurídica, podrá solicitar al juez que proceda a realizar las modificaciones oportunas.

La actuación de oficio del juez podría venir dada, en su caso, mediante una convocatoria de las partes, donde expondría la eventual necesidad de aplicar la cláusula.

Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?, RAP 151 (2000), pp. 251ss. [p. 275]. En el mismo sentido

Esta actuación es coherente con el desarrollo de los procedimientos de tutela cautelar, caracterizados por una cierta flexibilidad, así como por el protagonismo de quien adopta la medida. Es cierto que este protagonismo es inferior en el Derecho español que en otros ordenamientos. Así, como se ha visto, los jueces francés, alemán y comunitario disponen de libertad, siempre con límites, para establecer el desarrollo del procedimiento, incluidos los plazos, y tienen asimismo la oportunidad de convocar a las partes para aclarar aspectos oscuros o controvertidos. El juez español se encuentra por lo general más constreñido en lo que al impulso procesal se refiere. Sin embargo, ello no es óbice para que, en este caso concreto en el que la ley le dota de cierta libertad, pueda tomar la iniciativa en ciertos supuestos, si ello conlleva una agilización de los trámites y redunda, en definitiva, en beneficio de la administración de justicia.

En fin, un límite nada claro a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es el contenido en el apartado 2 del citado artículo 132, según el cual

"[n]o podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o el Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar".

Tal y como he indicado más arriba, pese a que ambos procesos, el principal y el cautelar, guardan independencia entre sí, resulta prácticamente imposible que los avances en uno carezcan de influencia en el otro.

En lo que a Alemania se refiere, el art. 80.7 VwGO incorpora la cláusula "*rebus sic stantibus*" para la suspensión, indicando que "*el juez del asunto principal puede modificar o revocar en todo momento las resoluciones sobre pretensiones del apartado 5 [referente a la restitución del efecto suspensivo]. Todos los interesados pueden solicitar la modificación o revocación [de la resolución] por una modificación de las circunstancias o por no haberlas hecho valer*

en el proceso precedente cuando no hubiera concurrido culpa en el solicitante".⁷¹¹ A diferencia de los ordenamientos español y francés, por tanto, la modificación de las resoluciones cautelares adoptadas es ejercida de oficio o bien a instancia de cualquier interesado⁷¹², en las condiciones previstas en el artículo citado. Pudiera pensarse que la ley está pensando únicamente en la modificación a instancia parte, entendiendo que la primera frase del art. 80.7 regula una facultad del juez, indicando a continuación las características del ejercicio de dicha facultad. Sin embargo, el legislador alemán no ha procedido de esta manera en otros artículos sobre tutela cautelar, sino que, regulando el ejercicio, ya está indicando que existe la potestad del juez. Por esta razón no hay motivo para pensar que en este caso concreto se ha optado por una regulación diferente, si ello no se ha señalado de forma expresa. Se ha de destacar, además, que el art. 80a VwGO, que regula la suspensión solicitada por terceros, sí incorpora un apartado 3 que indica que el juez puede modificar su propia resolución a instancia de parte. En la medida en que este artículo sí prevé una especificidad de la que carece el art. 80.7 VwGO ha de entenderse que se corrobora la interpretación que se acaba de ofrecer.⁷¹³

El art. 123 VwGO no contiene ninguna referencia a la cláusula "*rebus sic stantibus*" para las órdenes provisionales, omisión que ha sido criticada por la doctrina,

⁷¹¹ Al respecto puede verse LÖWER, *Die Änderung und Aufhebung verwaltungsgerichtlicher Beschlüsse im Aussetzungsverfahren*, DVBl 1964, pp. 254ss.; SCHMID, *Zur Auslegung des § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO*, DVBl 1976, pp. 254ss.; F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, v. Decker, Heidelberg, 1988, p. 1691. Sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en Derecho alemán, a diferencia de otros ordenamientos, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales. V. a título de ejemplo la resolución del Tribunal Administrativo Federal (sección 8ª) de 21 de enero de 1999, de gran interés porque en este asunto se unen cuestiones propias de la suspensión (art. 80 VwGO) y de otras medidas cautelares (art. 123 VwGO).

⁷¹² Los interesados son tanto las partes, como los eventuales coadyuvantes y los terceros bajo determinadas condiciones (sólo en los supuestos en los que, de adoptarse en dicho momento el acto administrativo impugnado, el tercero pudiera interponer recurso administrativo o de anulación). Cfr. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., p. 464.

⁷¹³ FINKELNBURG y JANK también se manifiestan en este sentido, entendiendo que con la nueva redacción dada al art. 80.7 VwGO se zanja la cuestión sobre los poderes del juez para iniciar de oficio un procedimiento de revisión de la medida cautelar adoptada. Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 464.

por cuanto no se comprende la razón que ha determinado un tratamiento diferenciado para la suspensión y otras medidas cautelares.⁷¹⁴ Tal y como constatan FINKELNBURG y JANK, además, los materiales silencian esta cuestión.⁷¹⁵ Estos autores indican, además, que la inclusión de la cláusula fue obra de la Cuarta Ley de Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que inexplicablemente no establece un régimen común para todas las medidas cautelares. Resulta curioso, además, que las remisiones que el art. 123 VwGO realiza a la Ley de Procedimiento Civil no incluyan el art. 927 de esta Ley, que se refiere precisamente a la alteración de la modificación de la medida cautelar adoptada debido a un cambio en las circunstancias. Una omisión tan clara entiendo que debe obedecer a una voluntad específica de no incluir una cláusula de estas características para las órdenes provisionales, y no parece deberse a un descuido, tal y como insinúan FINKELNBURG y JANK. Ante tal situación, se ha planteado la existencia de una eventual laguna legal y la necesidad de suplirla mediante una aplicación analógica del art. 927 ZPO, exclusivamente, o del art. 80.7 VwGO en relación con el 927 ZPO. Pese a que la voluntad del legislador entiendo es clara, y así lo sostiene parte de la doctrina alemana, la aplicación muestra cómo los jueces ponen en práctica esta cláusula, acudiendo, por lo general, a interpretaciones analógicas del tipo de las señaladas.⁷¹⁶ Un argumento definitivo a juicio de FINKELNBURG y JANK es el derecho a una tutela judicial efectiva, que exigiría que se modificara una medida cautelar adoptada sobre la base de la existencia de un perjuicio, siempre que dicho perjuicio haya dejado de

⁷¹⁴ En este sentido v. F. SCHÖCH, *Der vorläufige Rechtsschutz im 4. VwGO-Änderungsgesetz*, NVwZ 1991, pp. 1121 ss. 1123].

⁷¹⁵ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 225, nota 28.

⁷¹⁶ Me remito de nuevo a K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 226. Las constantes remisiones a FINKELNBURG están justificadas, dado que, junto a la de SCHÖCH, es la obra más completa en materia de tutela cautelar en Alemania y la edición está más actualizada que el Trabajo de Habilitación del Profesor de Friburgo.

amenazar, o cuando la medida no constituya el instrumento adecuado para hacerle frente.⁷¹⁷

En lo que a la legitimación activa se refiere, y a diferencia de la suspensión, en las órdenes provisionales no es posible que terceros ajenos a la relación jurídica soliciten la modificación de la medida cautelar adoptada en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*. Asimismo, si se aplica analógicamente el art. 927 ZPO, tampoco es posible que el juez adopte de oficio este tipo de medidas.⁷¹⁸

Una cuestión delicada la representa el tipo de modificaciones que son susceptibles de originar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. FINKELNBURG y JANK hacen referencia a modificaciones de los criterios fácticos y jurídicos que han determinado la adopción de la medida e, incluso, indican que puede obedecer a cambios en el propio proceso principal.⁷¹⁹ Sin embargo, entiendo que la profundización en el conocimiento del proceso principal, o en los argumentos jurídicos que determinaron la adopción de la medida cautelar concreta no ha de afectar, en principio, a la medida cautelar adoptada, ya que ello implicaría una peligrosa entrada en la prohibición de prejuzgar el fondo del asunto.

En Francia, el art. L. 521-4 CJA establece que “*Si así lo solicita un interesado, el juez de référés puede, en todo momento, en vista de algún nuevo elemento, modificar las medidas que había adoptado o ponerles fin*”. El artículo se introduce tras la regulación de las medidas cautelares previstas en la parte legislativa del Código de Justicia Administrativa y que son, por tanto, las consideradas especialmente urgentes. Su ámbito de aplicación, en principio, abarcaría tanto el *référé-suspension*, como el *référé-liberté* y el *référé-conservatoire*. De

⁷¹⁷ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 227.

⁷¹⁸ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 229.

⁷¹⁹ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., pp. 228-229.

este listado, sin embargo, hay que eliminar el *référé-liberté*, por cuanto no se trata de una resolución provisional, sino definitiva y, por ello, no caben modificaciones ulteriores en el sentido previsto por la cláusula *rebus sic stantibus*. A juicio de algunos autores, la cláusula, dado su general alcance deducido de los términos en que se expresa, resultaría también de aplicación a los *référés* previstos en la parte reglamentaria y para los que no consta una previsión de estas características.⁷²⁰ Esta afirmación podría justificarse desde el punto de vista de la naturaleza de las medidas cautelares y, en concreto, desde la perspectiva de una de sus características: la provisionalidad. En efecto, la cláusula *rebus sic stantibus* insiste en la provisionalidad como característica estructural de las medidas y ello porque la modificación sólo puede tener lugar respecto de algo que no es definitivo.

La cláusula *rebus sic stantibus* apenas ha recibido atención doctrinal, y ello es así debido a que su tratamiento jurisprudencial es también escaso. Ya indiqué cómo, en mi opinión, un uso desmedido de esta institución puede redundar en perjuicio de la administración de justicia en general, dado que se ralentizaría aún más los procedimientos. Ello no obstante, si se utiliza en casos concretos, que entiendo habrían de ser excepcionales y cuyos parámetros habrían de venir definidos normativamente, al menos en lo que a sus características generales se refiere, puede ser un instrumento útil y exigible para una efectiva tutela judicial. En Francia se ha afirmado, incluso, que la cláusula *rebus sic stantibus* puede proporcionar la tutela que no concede el sistema de recursos frente a los autos de medidas cautelares, dado que con escasas excepciones sólo se admite el recurso de casación, con los consiguientes límites que ello comporta.⁷²¹ Habrá de estarse, por tanto, al desarrollo jurisprudencial de dicho precepto.

⁷²⁰ Cfr. C. LEPAGE/ Ch. HUGLO, *Code de Justice Administrative*, Litec, París, 2001, p. 139.

⁷²¹ Cfr. C. LEPAGE/ Ch. HUGLO, cit., p. 139.

En fin, en el Derecho comunitario la regulación es similar a la francesa. Así, los arts. Arts. 87 RPTJ y 108 RPTPI establecen que tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal de Primera Instancia pueden modificar o revocar la medida cautelar adoptada si varían las circunstancias en función de las cuales dicha medida se adoptó. En lo que a la legitimación se refiere, la aplicación de la cláusula tiene lugar a instancia de parte, sin que se plantee la cuestión de una eventual intervención de oficio por parte del juez.⁷²²

3.- El sistema de contracautelas

Una de las manifestaciones más claras de los poderes del juez tiene lugar en el establecimiento de garantías o contracautelas. Con este instrumento se pretende equilibrar el riesgo que conlleva la adopción de la medida para los intereses en juego, incluyendo una cierta válvula de escape en el sistema. De esta manera, en la medida en que se establece una suerte de protección final, el juez podrá adoptar resoluciones más “valientes”, garantizando, además, una cierta reparación *a posteriori* del interés que haya resultado afectado por su decisión. En este contexto, al juez le está permitido exigir las garantías que estime oportunas, tal y como se deduce de los textos normativos y tal y como la jurisprudencia ha desarrollado no de forma tan prolija como cupiera desear. En fin, vinculada también con la cuestión general de las “consecuencias” de las medidas cautelares, se encuentra la responsabilidad del Estado por una inadecuada administración de justicia, aspecto estudiado por algunos autores⁷²³, pero que desborda sin duda los límites del presente trabajo, razón por la cual simplemente se realizará una mención al mismo en el siguiente epígrafe. Ello no obstante, se ha de recordar, con

⁷²² Cfr. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, cit., p. 637.

⁷²³ En Francia, y refiriéndose en concreto a la tutela cautelar, v. J.-M. FÉVRIER, cit., L'Harmattan, París, 2000, pp. 446ss. En España, con carácter más general, e incluyendo elementos de Derecho comparado, v. L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado. El art. 121 de la Constitución*, CEC, Madrid, 1983.

ORTELLS RAMOS, que “[u]n régimen efectivo de la responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar contribuye a facilitar que esa tutela se otorgue con mayor frecuencia”.⁷²⁴

Sobre el sistema de contracautelas en España, el art. 133.1 LJ establece que

“[c]uando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos”.

En este sentido, el juez no sólo puede exigir las garantías que estime oportunas, sin necesidad de que sean solicitadas por la parte contraria, sino que, además, puede adoptar todas aquellas otras medidas, también cautelares, que resulten necesarias para evitar o paliar los perjuicios que pudieran derivarse de la adopción de la medida cautelar solicitada.⁷²⁵ Algún autor considera que la adopción de garantías es preceptiva, y no facultativa, para el órgano jurisdiccional si se constata que, en efecto, la medida es susceptible de ocasionar perjuicios.⁷²⁶ Ello no obstante, de dicha afirmación no puede derivarse otra que pudiera considerarse conexa, a saber: que la prestación de garantía justifica siempre y en todo caso la adopción de la medida. La prestación de garantía no es sino un añadido a las condiciones de adopción de las medidas cautelares – el *periculum* y el *fiatus* convenientemente ponderados -. Así, tal y como indicó el Tribunal Supremo en un auto de 21 de enero de 1992, “sin que la simple y alegada circunstancia de la existencia de una fianza generalizada pueda comportar, por sí sola motivo suficiente y determinante de la suspensión”.⁷²⁷ Es cierto, sin embargo, que en algunos ámbitos, como el tributario, es

⁷²⁴ M. ORTELLS RAMOS, cit., p. 182.

⁷²⁵ La paliación de los perjuicios como objeto de la garantía es una novedad de la ley de 1998. Cfr. J.L. GIL IBÁÑEZ, cit., p. 68.

⁷²⁶ Cfr. J.L. GIL IBÁÑEZ, cit., p. 68.

⁷²⁷ Ar. 1992/23, Ponente: Hernando Santiago.

común en todos los ordenamientos aceptar que, constituida la garantía, se proceda a la suspensión del acto administrativo impugnado.

En cuanto al tipo de garantías admitidas, el art. 133.2 LJ establece que “[l]a caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admisibles en Derecho”, si bien lo normal es que se constituya mediante aval bancario. Sobre dichas garantías entiendo cabe la remisión a las reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las medidas cautelares en ese proceso.⁷²⁸ Se ha producido un avance respecto a la regulación anterior, toda vez que hasta 1998 no se permitía más que el aval bancario o el depósito de metálico o fondos públicos (habiendo de ser efectuado dicho depósito en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincia, o bien en las de las Corporaciones Locales).⁷²⁹ La constitución de la garantía es, además, requisito *sine qua non* para la adopción de la medida solicitada, exigencia que en el ámbito tributario presenta particular importancia, por cuanto el depósito de la garantía es la regla general en esta materia.⁷³⁰ En fin, otros preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se remiten a este apartado de la regulación de las contracautelas correspondientes a las medidas cautelares. Así, por ejemplo, el art. 84.2 LJ prevé que la constitución de la caución que el juez puede exigir en ciertos supuestos para ordenar la ejecución provisional de las sentencias o autos impugnados “se ajustará a lo establecido en el artículo 133.2”.

En Francia no existe una regulación general del sistema de garantías para la adopción de las medidas cautelares y la atención doctrinal sobre esta materia es prácticamente nula. Sólo el *référé provision* dispone de una institución de tales

⁷²⁸ Al respecto v. M. ORTELLS RAMOS, cit., pp. 182ss.

⁷²⁹ Cfr. F.L. RUIZ PIÑEIRO, cit., p. 91.

⁷³⁰ J. TORNOS MAS, *La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público: extranjería, materia tributaria, función pública*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), “Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 215ss. [p. 243].

características, regulado en el art. R. 541-1 CJA. Dicho artículo establece en su última frase que “[el juez] *puede, incluso de oficio, subordinar el pago de la “provisión” a la constitución de una garantía*”. La garantía, por tanto, puede ser exigida de oficio por el juez, algo que suele ser lo habitual.

En Derecho alemán la regulación de esta cuestión es prolija, fruto de la remisión que el art. 123 VwGO realiza en su apartado 3 al Código de Procedimiento Civil. En concreto, el art. 938.1 del Código de Procedimiento Civil (*Zivilprozessordnung*: ZPO) autoriza al juez a incluir disposiciones complementarias (*Nebenbestimmungen*) en su resolución, entendiendo por tales los plazos, las cargas, las condiciones y las garantías. En lo que a las garantías se refiere, se ha de estar a lo previsto en el art. 921 II 2 ZPO, que requiere que concurra la amenaza de un perjuicio causado por la ejecución de la orden provisional para exigir una garantía (*Sicherheitsleistung*) a quien vaya a resultar vencedor del proceso cautelar. Ello no obstante, la jurisprudencia contencioso-administrativo considera, a pesar de que esta opción no es pacífica en la doctrina, que no cabe prestación de garantía para sustituir las denominadas “justificación de la orden provisional” y “pretensión de la orden provisional”, es decir, las variantes germanas del *fumus boni iuris*.⁷³¹ Esta afirmación se encuentra en línea con la advertencia realizada más arriba sobre el carácter concurrente o sustitutivo de las garantías. Tal y como se indicó entonces, la caución no es sino un añadido a las condiciones que con carácter general justifican la adopción de las medidas cautelares.

El contenido de las garantías también goza de un tratamiento normativo detallado. Así, si se trata de una pretensión de carácter económico, la caución consistirá en dinero, mientras que si no se trata de una pretensión de carácter económico, habrá de estarse a lo establecido en el art. 938 ZPO, que prevé otro tipo de garantías, como son la prenda o el establecimiento de determinadas cargas.

⁷³¹ Cfr. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., p. 125, nota 18.

En lo que respecta a la suspensión de actos administrativos, el art. 80.5 VwGO, establece que “*el restablecimiento del efecto suspensivo puede hacerse depender de la prestación de una garantía o de otras cargas*”.⁷³² La ausencia de remisiones al Código de Procedimiento Civil para estos casos⁷³³ y, con ello, la inexistencia de una regulación por extenso de esta materia, ha sido suplida por la jurisprudencia, jurisprudencia que, por lo general, se ha desarrollado en el ámbito correspondiente a los pagos a la Administración, sean estos de origen tributario o no.⁷³⁴ Este aspecto coincide con el desarrollo de la cuestión en Francia o España, circunstancia lógica, toda vez que, en primer lugar, el objeto del proceso a efectos de valorar el perjuicio que la medida cautelar puede ocasionar se encuentra claramente delimitado, por cuanto se encuentra numéricamente formulado. En segundo lugar, el Derecho Tributario, al menos en lo que a España se refiere, ha desarrollado un completo sistema de garantías para asegurar la cuantía de la deuda tributaria.

Se ha de destacar, en fin, que la doctrina alemana ha vinculado la exigencia de este tipo de garantías con la aplicación del principio de proporcionalidad⁷³⁵ y, entiendo, constituye en definitiva el corolario de todo el sistema, como ya he indicado. Precisamente en virtud del principio de proporcionalidad se considera que el escueto régimen del art. 80.5 VwGO ha de ser extendido a todas las variantes posibles que puedan ser deducidas de una demanda de suspensión.⁷³⁶

⁷³² Más allá del restablecimiento del efecto suspensivo, la jurisprudencia ha extendido la aplicación de este artículo a la ordenación del efecto suspensivo.

⁷³³ El art. 123.5 VwGO excluye expresamente la aplicación en la suspensión de actos administrativos de los artículos del Código de Procedimiento Civil a los que me acabo de referir.

⁷³⁴ Cfr. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., p. 410.

⁷³⁵ Cfr. resolución del *Verwaltungsgerichtshof* [Tribunal Administrativo de segunda instancia] de Mannheim, de 11 de enero de 1984, DVBl 1984, 1180 = NJW 1985, 449. Apud K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., p. 409.

⁷³⁶ K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., p. 409.

IV.- LOS RECURSOS FRENTE A LOS AUTOS DE MEDIDAS CAUTELARES

Los autos de medidas cautelares suelen ser, por lo general, susceptibles de recurso ante un órgano jurisdiccional, a no ser que se trate de la última instancia, si bien las modalidades de recurso cambian de un ordenamiento a otro y de un tipo de medida cautelar a otra. Así, el primero de los debates que se plantea en relación con esta materia es la opción entre el recurso de apelación y de casación, opción que no suele responder a una concepción específica de la tutela cautelar, sino que deriva, en la mayor parte de los casos, de los parámetros globales que rigen el proceso contencioso-administrativo en cada sistema. La opción por uno y otro modelo de recurso incidirá posteriormente en el tipo de control que se vaya a ejercer sobre la resolución de la instancia, control que será por tanto más o menos férreo en función de la elección procesal concreta.

En este mismo contexto se ha de hacer referencia a los efectos del recurso y, en concreto, al efecto suspensivo o no de la interposición del mismo, que conllevaría en su caso la eventual restitución del *statu quo ante* a la resolución cautelar impugnada. En particular, el efecto suspensivo automático de un auto de suspensión conllevaría la devolución del carácter ejecutivo al acto administrativo impugnado en origen.

1.- Apelación vs. casación

El régimen de recursos de los autos de medidas cautelares en los ordenamientos objeto de la comparación no responde a un único patrón. Así, las posibilidades de apelación y casación se alternan en función de las medidas adoptadas, del órgano jurisdiccional autor de la resolución y, en general, de cada sistema, sin ser posible reconducir todas las variantes a un común denominador.

El modelo más uniforme es el alemán, que admite únicamente un tipo de recurso, regulado en el art. 146.1 VwGO y que, bajo el nombre de *Beschwerde*, se formula en los términos que siguen a continuación:

“Contra las decisiones del Juzgado de lo Contencioso, del Presidente o del Ponente que no sean sentencias o providencias, cualquier interesado o afectado por la resolución puede interponer recurso (Beschwerde) ante el Tribunal Administrativo Superior, a no ser que en esta ley se establezca algo distinto”.⁷³⁷

A su vez, el art. 146.4 VwGO se refiere expresamente a las medidas cautelares y se remite al art. 124.2 VwGO – que regula los criterios de admisibilidad de la apelación (*Berufung*) – para determinar en qué condiciones se va a admitir este recurso. Así, establece el art. 146.2 VwGO que

“[c]ontra autos del Juzgado de lo Contencioso sobre suspensión de la ejecución (arts. 80, 80^a) y sobre órdenes provisionales (art. 123) (...) los interesados pueden interponer este recurso [Beschwerde] únicamente si éste ha sido admitido a trámite por el Tribunal Administrativo Superior en aplicación equivalente del art. 124.2”.

Según el art. 124.2 VwGO, el recurso se admitirá a trámite cuando existan serias dudas sobre la validez de la sentencia (en este caso, el auto); cuando del asunto se desprendan especiales dificultades fácticas o jurídicas; cuando el asunto presente singular interés; cuando la sentencia (de nuevo, en este caso, el auto) diverja de lo establecido en una decisión del Tribunal Administrativo Superior, del Tribunal

⁷³⁷ No parece que exista una discusión sobre la necesidad de incorporar el recurso de apelación en el sistema de tutela cautelar en Alemania. El art. 124 VwGO, que regula este tipo de recurso, se refiere a varios tipos de sentencia y no me consta que se haya planteado un problema de interpretación al respecto que haya terminado por admitir que cabe apelación también sobre los autos de medidas cautelares. La doctrina constata que la casación es la única vía de recurso, sin incorporar referencias sobre otras posibles variantes. Así, por ejemplo, K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., pp. 453ss., para la suspensión.

Administrativo Federal o del Pleno de los altos Tribunales Federales o del Tribunal Constitucional Federal, siempre que la decisión se base en esta divergencia; o cuando se haga valer un defecto procedimental apreciado por el Tribunal de apelación, siempre que dicho defecto pueda afectar a la resolución.

En España la situación es algo más compleja. Así, cabe recurso de apelación frente a los autos que pongan fin a la pieza separada de medidas cautelares dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo,⁷³⁸ mientras que el recurso es de casación ante el Tribunal Supremo si el auto ha sido adoptado en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.⁷³⁹ Con respecto a estos últimos se ha de tener en cuenta el límite impuesto por el art. 86.4 LJ, según el cual sólo son recurribles en casación las sentencias y autos (por remisión del art. 87.1 LJ) en los supuestos en los que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido⁷⁴⁰, en las circunstancias contempladas en dicho artículo: a saber, que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. En lo que respecta a los autos de medidas cautelares, si lo que se discute es la adecuación de la resolución adoptada en la instancia, por una equívoca apreciación de las condiciones que justifican la adopción

⁷³⁸ V. art. 80.1.a) LJ.

⁷³⁹ Art. 87.1.b) LJ. Resulta cuanto menos curioso que el art. 87 se refiera a la pieza separada “de suspensión o de otras medidas cautelares”, mientras que el artículo 80 alude a un genérico “medidas cautelares”. Entiendo que esta es una muestra más del poco celo del legislador por dotar de un aparato conceptual claro a la institución estudiada en el presente trabajo.

⁷⁴⁰ El carácter relevante y determinante de la infracción de las normas de Derecho estatal y comunitario está siendo interpretado en los últimos tiempos por el Tribunal Supremo de forma muy estricta, en aras a preservar el ámbito de actuación autónoma de los Tribunales de Justicia. Existe un auto del Tribunal Constitucional, auto 3/2000, que incluye un voto particular que pone en cuestión el formalismo que al respecto manifiesta el Tribunal Supremo, entendiéndolo que en ciertos casos la exigencia de justificación es perturbadora para un adecuado funcionamiento del sistema de recursos. Al respecto v. la nota explicativa al art. 89.2 LJ en L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes Administrativas*, Aranzadi, Elcano, 8ª ed., 2002.

de la medida, se trataría, entiendo, de una razón procesal, de Derecho estatal por tanto, y por ello, susceptible de casación.⁷⁴¹

En fin, frente a los autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo cabe únicamente el recurso de súplica, tal y como se deduce del art. 79.1 LJ.⁷⁴² Este recurso de súplica es además necesario para poder interponer la casación en los términos indicados con anterioridad.⁷⁴³

En Francia, al igual que en otros ordenamientos, el recurso ordinario para los autos de tutela cautelar es la casación. Así, el art. L. 523-1 CJA establece que las decisiones adoptadas en los procedimientos de *référé-suspension* y *référé-conservatoire*, así como aquellas acordadas en función de la cláusula *rebus sic stantibus* y las que determinan la inadmisión *a limine* de la pretensión cautelar, lo son “en última instancia”. Esta expresión, sin embargo, ha de entenderse en el contexto de la justicia contencioso-administrativa francesa, en la cual, según ha interpretado el Consejo de Estado, en todas las resoluciones adoptadas en última instancia cabe, como mínimo, en todo caso, un recurso de casación ante el Consejo de Estado a menos que dicha resolución haya emanado directamente de dicho órgano jurisdiccional.⁷⁴⁴ En coherencia con esta interpretación la parte reglamentaria del Código de Justicia Administrativa regula los

⁷⁴¹ Sobre el recurso de casación de resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia por razones procesales, en un sentido similar al propuesto en este texto, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/ T.R. FERNÁNDEZ, cit., p. 655. Sobre los problemas de la diferenciación de los hechos y el Derecho en el control de los autos de medidas cautelares, v. F.J. ALCANTARILLA HIDALGO, *La revisión casacional de la tutela cautelar*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 496, 26 de julio de 2001, pp. 1ss.

⁷⁴² Sobre el régimen de recursos de los autos de tutela cautelar, en una visión crítica, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones...*, cit., pp. 271ss. Con posterioridad el mismo autor publicó *Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas cautelares recurridas en casación. Una reflexión rectificativa*, RAP 153 (2000), pp. 281ss., artículo en el que corregía algunas de las afirmaciones vertidas en su trabajo anterior.

⁷⁴³ V. art. 87.3 LJ tras la reforma operada por la Disposición Final 14ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁴⁴ Esta es la jurisprudencia denominada “*d’Aillières*”, que tiene origen en la sentencia (*arrêt*) del Consejo de Estado reunido en Asamblea de 7 de febrero de 1947, Rec. pp. 50ss. = RDP 1947, pp. 68ss.

detalles de dicho recurso de casación. Así, el art. R. 523-1 CJA establece la posibilidad de interponer recurso de casación ante el Consejo de Estado frente a todas las resoluciones de tutela cautelar anteriormente mencionadas, previendo un plazo de 15 días desde la notificación para la interposición del recurso. Por otro lado, las resoluciones de los Tribunales Administrativos de Apelación son susceptibles de recurso de casación en un plazo también de 15 días desde la notificación.

En algunos casos cabe, sin embargo, apelación. Se trata, en primer lugar, del *référé-liberté*, y su trato especial se justifica probablemente por su carácter de proceso sumario y definitivo, de manera que es comprensible que el legislador haya previsto un control completo, de los hechos y de Derecho, para este instrumento procesal.⁷⁴⁵ Quizás por esta misma razón otras medidas cautelares cuya provisionalidad también es discutible (por cuanto aportan datos tendencialmente definitivos al proceso), como son el *référé-constatation* y el *référé-instruction*, también son susceptibles de apelación. Así, el art. R. 533-1 CJA, común a ambos tipos de medida, establece que los autos adoptados por el Presidente del Tribunal Administrativo son susceptibles de apelación ante el Tribunal Administrativo de Apelación en un plazo de 15 días desde la notificación. De forma parecida se pronuncia el art. L. 523-2, segundo apartado, relativo al *référé-liberté*, según el cual las resoluciones al respecto son susceptibles de ser recurridas en apelación ante el Consejo de Estado en un plazo asimismo de 15 días desde la notificación.

⁷⁴⁵ El diverso régimen procesal que rige para el *référé-suspension* y el *référé-liberté* fue puesto de manifiesto en los primeros momentos de andadura del nuevo régimen jurídico del Código de Justicia Administrativa. Así, en el auto de 16 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur*, n. 231335, el Consejo de Estado afirmó que “*las demandas formuladas ante el juez de référés sobre la base del art. L. 521-1 se han de presentar, instruir, juzgar y, en su caso, son susceptibles de recurso atendiendo a reglas distintas a las aplicables a las demandas presentadas sobre la base del art. L. 521-2*”. Los requisitos para interponer un recurso de casación son, como es sabido, más agravados que en la apelación. Por ello, en el auto de 27 de marzo de 2001 (pocos días más tarde, por tanto, del anterior auto), *Ministre de l'Intérieur c. M. Ahmed Djalout*, el Consejo de Estado desestimó las alegaciones del demandado y consideró que el recurso pertinente ante el alto órgano jurisdiccional habría de ser la casación y no la apelación, como se solicitaba en la demanda. El Consejo de Estado estableció que, a pesar de que el objeto de la medida cautelar fuera la suspensión del acto recurrido, las alegaciones que fundamentaban la medida solicitada lo eran en el marco del *référé-liberté* y, por ello, el recurso pertinente era la apelación y no la casación.

En fin, en lo que al *référé-provision* se refiere, a pesar de que su normativa no sea común al *référé-constatation* y al *référé-instruction*, que le preceden inmediatamente, la regulación es idéntica en este aspecto. Así, el art. R. 541-3 CJA prevé el recurso de apelación de los autos del Presidente del Tribunal Administrativo ante el Tribunal Administrativo de Apelación en un plazo de 15 días desde la notificación. A su vez, el art. R.541-4 CJA establece que la resolución del Presidente del Tribunal Administrativo de Apelación es susceptible de casación también en un plazo de 15 días desde la notificación.

En el Derecho comunitario existe, como es sabido, un único recurso, el recurso de casación de las sentencias y autos del Tribunal de Primera Instancia ante el Tribunal de Justicia. Dicho recurso se regula con carácter general en los arts. 57-61 ETJ, sin que existan particularidades específicas para el caso concreto de las medidas cautelares. Únicamente puede destacarse un régimen diverso en lo que a los efectos de los recursos se refiere, pero para ello me remito al siguiente epígrafe, donde de forma monográfica se desarrolla esta cuestión.

2.- Los efectos del recurso

Una cuestión debatida en la doctrina es la relativa a los efectos con que hayan de admitirse estos recursos y, en concreto, el recurso de casación. En Derecho alemán los textos normativos callan sobre esta materia, habiendo de entender, por tanto, que se deja al arbitrio del juez la delicada cuestión de optar por la suspensión o no de la resolución objeto de recurso. En estos supuestos el régimen de adopción de la suspensión sigue, por lo general, las pautas por las que se rige la suspensión ordinaria y se centra en un análisis sumario de los perjuicios que la resolución impugnada pudiera acarrear a las partes. La celeridad es aun mayor que en el debate principal, entendiendo por tal el que se centra en la idoneidad o no de la medida cautelar, circunstancia por la cual no suele entrarse a verificar la concurrencia del *fumus boni iuris*. En otro orden de

cosas, además, pudiera entenderse que los Tribunales son reacios a adoptar medidas provisionales sobre resoluciones asimismo provisionales de otros órganos jurisdiccionales, autolimitándose por tanto, quizás para no interferir en el margen de apreciación que les corresponde.⁷⁴⁶

En el Derecho español, sin embargo, esta cuestión plantea ciertos problemas. El texto legal es claro con respecto a la apelación, cuyo artículo 80.1 LJ establece que los autos [de medidas cautelares] son apelables en un solo efecto, admitiendo, además, la ejecución provisional del auto impugnado.⁷⁴⁷ Sin embargo, la regulación del recurso de casación no resulta tan clara, dado que no se indican los efectos con los que puede admitirse. Ello no obstante, y pese a ciertas dudas iniciales planteadas por la doctrina⁷⁴⁸, el mecanismo de ejecución provisional del auto impugnado funciona de idéntica manera a la ejecución provisional en la apelación. Si bien es cierto que el texto legal no es claro al respecto, la interpretación jurisprudencial aportada en desarrollo de la antigua ley de la Jurisdicción, la de 1956, en aplicación del art. 125, indican que la comprensión adecuada del nuevo régimen también es la de considerar que la casación se admite en un solo efecto, de manera que el auto impugnado podrá ejecutarse provisionalmente.⁷⁴⁹

En Francia tampoco existe una normativa específica sobre esta materia. El legislador, con el silencio, ha optado por entender que, en principio, no cabe efecto suspensivo de los autos sobre medidas cautelares. Y esta interpretación entiendo ha de prevalecer, toda vez que en algún caso concreto sí se ha establecido una regulación específica. Así, el art. R. 541-5 CJA, relativo al *référé-provision*, indica que el juez de

⁷⁴⁶ En este sentido, pero referido a un control externo, v. L. MARTÍN-RETORTILLO, cit.

⁷⁴⁷ Art. 84.1 LJ.

⁷⁴⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones...*, cit., pp. 271ss.

⁷⁴⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones...*, cit., p. 276.

apelación o de casación pueden acordar la suspensión⁷⁵⁰ de los autos en los que el juez haya acordado una provisión. Las condiciones para suspender el auto son aquellas que con carácter general justifican la suspensión de un acto administrativo, esto es, las consecuencias difícilmente reparables y el carácter serio de las alegaciones. Resulta curioso cómo una medida cautelar adoptada de forma prácticamente automática, siempre que conste la existencia de una obligación no seriamente contestable, sea objeto en vía de recurso de un análisis agravado, como corresponde a medidas cautelares de otra naturaleza. La duplicidad del conocimiento de los recursos se hace de nuevo evidente y la comunicación entre unas medidas y otras, comunicándose en cierto modo también su naturaleza, es palmaria.

En Derecho comunitario las sentencias y autos del Tribunal de Primera Instancia también carecen de efecto suspensivo, a tenor de lo establecido en el art. 53 del Estatuto del Tribunal de Justicia y en consonancia, además, con lo establecido en el art. 244 TCE (ex-art. 187). Sin embargo, es posible lograr dicha suspensión, así como cualquier otra medida provisional siguiendo el régimen general de adopción de las medidas cautelares establecido en los arts. 242 y 243 TCE (ex-arts. 185 y 186).⁷⁵¹

El segundo apartado del mismo artículo 60 recoge un supuesto especial, a saber, la anulación de un reglamento por el Tribunal de Primera Instancia. En estos casos el recurso de casación sí que goza de efecto suspensivo, esto es, el reglamento seguirá vigente en tanto en cuanto no haya expirado el plazo para interponer el mencionado recurso o mientras el Tribunal de Justicia no haya adoptado una decisión firme al respecto. En este supuesto, sin embargo, es posible solicitar que se suspendan

⁷⁵⁰ El artículo continúa fiel a la antigua regulación y habla no de "suspension", sino de "*sursis à exécution*".

⁷⁵¹ Art. 60, apart.1 ETJCE: *El recurso de casación no tendrá efecto suspensivo, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del Tratado CE o en los artículos 157 y 158 del Tratado CECA* [actualmente, artículos 242 y 243].

provisionalmente los efectos del reglamento anulado o que se adopte cualquier otra medida provisional.

CAPÍTULO 7

LAS CONDICIONES DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: EL PERICULUM IN MORA

INTRODUCCIÓN

La naturaleza de las medidas cautelares ha sufrido importantes transformaciones en los últimos tiempos. En este sentido, como ya se indicó en el capítulo 2, para identificar su auténtica función y así depurar sus contornos, es necesario recurrir a la conocida máxima de CHIOVENDA: “*el tiempo necesario para tener razón no ha de perjudicar a quien la tiene*”.⁷⁵² En efecto, el perjuicio que la mora procesal pueda ocasionar a los intereses implicados en el proceso es la razón de ser de las medidas cautelares en su acepción más genuina y, por ello, ha de constituir el elemento central

⁷⁵² El contexto de la cita es un comentario de CHIOVENDA a una sentencia del Tribunal de Casación de Roma relativa a la denominada *perpetuatio iurisdictionis*, esto es, la determinación improrrogable del órgano jurisdiccional competente en función de las condiciones personales, objetivas y territoriales del objeto procesal [Cfr. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/ V. GIMENO SENDRA/ V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 169]. En el caso concreto, el conflicto se origina a raíz del cambio de nacionalidad del demandado una vez establecida la litispendencia. CHIOVENDA reflexiona entonces sobre las consecuencias del desarrollo temporal del proceso, centrando su atención, singularmente, en el contenido de la sentencia final en el pleito mediante la cual se habrá de restablecer la situación jurídica menoscabada. Para conocer el alcance exacto de dicho menoscabo, CHIOVENDA propone una retroacción al momento de interposición de la demanda, en el que las características de la situación jurídica quedaron fijadas. Cfr. G. CHIOVENDA, *Sulla “perpetuatio iurisdictionis”*, en *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*, volumen I, Foro Italiano, Roma, 1930, pp. 271ss.; En el concreto ámbito de las medidas cautelares, la máxima aparece de nuevo en P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Pádova, 1936, p. 20, que cita el estudio de CHIOVENDA y considera que, dado que ambas instituciones (la *perpetuatio iurisdictionis* y las medidas cautelares) responden a idéntico problema temporal, el principio a aplicar también ha de ser el mismo.

de su régimen jurídico. Así lo ha entendido en el contexto comunitario europeo el Abogado General TESAURO, quien, en sus Conclusiones al asunto *Factortame* y citando a CHIOVENDA afirmaba que la urgencia o *periculum in mora*⁷⁵³ es “el elemento que define la esencia de las medidas cautelares, ya que éstas surgen como respuesta (en el complejo contexto exigido por un sistema moderno de protección judicial) a la falta de contemporaneidad entre el momento en que un derecho cobra vida y el momento en que la existencia de este derecho es definitivamente (procesalmente) establecida”.⁷⁵⁴

La máxima de CHIOVENDA y su corolario, el tratamiento del *periculum in mora* o urgencia, presiden la jurisprudencia española –sentencias y autos – sobre medidas cautelares, así como la francesa, incluso en la aplicación del nuevo régimen de *référé*, en vigor desde enero de 2001. Este es el caso también del Derecho comunitario, ya que el Tribunal de Justicia ha adoptado una perspectiva de marcado corte francés, al menos en lo que a la terminología se refiere⁷⁵⁵, con concesiones a otros ordenamientos, señaladamente el alemán, en lo referente a aspectos como la ponderación de intereses. En todos estos casos, sin embargo, la apariencia de buen derecho mantiene su impronta en el sistema, en particular en los supuestos contemplados en la legislación especial.

⁷⁵³ Sobre las precisiones conceptuales me remito al apartado I del presente capítulo.

⁷⁵⁴ Conclusiones a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros*, as. C-213-89, Rec. 1990, p. I-2433. Esta afirmación coincide con la realizada años antes por P. CALAMANDREI, quien sostenía que en el concepto de *periculum in mora* se encuentra probablemente la clave para obtener una definición exhaustiva de los procedimientos cautelares. Cfr. P. CALAMANDREI, cit., p. 15. En parecido sentido, en la doctrina procesalista española, v. M. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, p. 150.

⁷⁵⁵ En efecto, el Tribunal de Justicia se refiere constantemente a la urgencia (*urgence*) en sus autos de medidas cautelares, un término de reminiscencias galas que, aunque no es absolutamente desconocido en otros ordenamientos, no es la denominación tradicional empleada para designar el *periculum in mora*. Como es sabido, la lengua de trabajo del mencionado Tribunal es el francés, razón que podría coadyuvar a la elección de una nomenclatura que recuerda al régimen de medidas cautelares existente en Francia. Las traducciones al castellano y al alemán de los autos de medidas cautelares del Tribunal han respetado dicha opción y han acudido a expresiones como “urgencia” o “*Dringlichkeit*”, en vez de por las más usuales en su cultura jurídica de “*periculum in mora*”/ “perjuicio grave o irreparable”, e “*irreparables Schaden*”/ “*drohende Gewalt*”.

En Alemania, la urgencia determina la regulación normativa de la tutela cautelar, siendo el elemento que unifica la construcción dual que prevé la *Verwaltungsgerichtsordnung*.⁷⁵⁶ Ello no obstante, su regulación legal en ambos casos difiere, por cuanto la presunción con respecto a la urgencia de la que se parte también es diferente. Así, en los recursos de anulación existe una presunción *iuris tantum* a favor del particular, dado que debe defenderse frente a un ataque o inmisión de la Administración manifestados en el acto administrativo. En los recursos distintos de la anulación, en los que, por lo general, el debate procesal no aparece influido por la ejecutividad del acto administrativo, el punto de partida es por necesidad diverso y, por ello, la presunción juega en contra del particular, dado que en estos casos no reacciona frente a un ataque previo, sino que solicita algo a la Administración. El automatismo de la medida cautelar desaparece en este segundo caso y la decisión sobre la misma se adopta en función de una ponderación de los intereses en conflicto. Por último, se ha

⁷⁵⁶ Como se indicó en el capítulo 5, en el contencioso alemán existen dos regímenes jurídicos diferenciados, según se trate de la suspensión o de otras medidas cautelares. Pese a las particularidades procedimentales de cada uno de ellos, el criterio del *periculum in mora* se encuentra presente en ambos. El doble régimen de medidas cautelares existente en Alemania, que diferencia entre la suspensión y otras medidas cautelares, ha sido criticado en la doctrina, que ha llegado a afirmar que se trata de una identidad de funciones bajo construcciones diferentes. Cfr. F. SCHÖCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, v. Decker, Heidelberg, 1988, pp. 1067ss. El carácter de urgencia derivado de la Constitución justificaría un régimen unitario, que se beneficiaría de una mayor claridad y de unos parámetros de control equivalentes. Recordemos que la suspensión y el resto de medidas cautelares se enjuician atendiendo a criterios diferentes y que la jurisprudencia ha incidido en este tratamiento dispar. Sobre las críticas al sistema dual, v. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, Munich, 4ª ed., 1998, p. 19; MAMPEL, DVBl. 1997, pp. 1156ss. En cuanto a la exigencia constitucional de establecer mecanismos para obtener una tutela eficaz y rápida, cfr. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., pp. 4ss. En castellano recoge esta discusión M. BACIGALUPO, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, RAP 198 (1992), pp. 413 ss. [pp. 444ss.]. Como constata este autor (p. 446), en 1988, la Comisión gubernamental encargada de estudiar la reforma del contencioso-administrativo se pronunció en contra de la unificación de regímenes. Por último, pese a que el concepto de ponderación de intereses en el Derecho alemán será objeto de atención más adelante, puede avanzarse desde ahora que la doctrina difiere en cuanto a si los arts. 80 y 123 VwGO aluden al mismo tipo de ponderación. Probablemente SCHÖCH ha sido hasta la fecha el más crítico, no sólo con el concepto en sí, sino en cuanto a su identificación. Este autor afirma que se trata de una elaboración errada del *Bundesverfassungsgericht* que la doctrina ha seguido (cfr. la referencia citada más arriba). M. BACIGALUPO considera que, de existir diferencias, éstas no son esenciales (cfr. M. BACIGALUPO, cit., p. 447).

de añadir que este tratamiento dispar ha sido acrecentado por la aplicación jurisprudencial.

I.- EL CONCEPTO DE PERICULUM IN MORA Y SU REGULACIÓN LEGAL

Como tantas otras categorías jurídicas, el concepto de perjuicio responde a una elaboración doctrinal y jurisprudencial sumamente apegada a la práctica y al supuesto concreto.⁷⁵⁷ El legislador se ha limitado, por lo general, a prever la posibilidad de adoptar medidas cautelares, estableciendo límites en su caso e incorporando determinadas especialidades procedimentales, pero sin definir o especificar las condiciones exactas de adopción de dichas medidas.⁷⁵⁸

Además, a las regulaciones de carácter más general se añaden regulaciones específicas, contenidas en leyes especiales o en las propias leyes reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el primero de los casos - la legislación especial - es posible que simplemente se realice alguna matización o precisión con respecto al régimen general⁷⁵⁹, o bien que se establezca un régimen radicalmente diferente del general⁷⁶⁰. En los supuestos en los que los regímenes especiales se

⁷⁵⁷ Como afirma CHIOVENDA, se trata de una condición genérica que ha de concretarse en cada medida cautelar. Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Jovene, Nápoles, 1965, p. 227.

⁷⁵⁸ Ello a diferencia de la legislación civil, que tradicionalmente ha sido más prolija que la normativa procesal en el Derecho público. Esta última ha ido incorporando elementos extraídos de la primera, si bien mantiene su propia identidad. Al respecto, al hilo del análisis de la supletoriedad de la legislación procesal civil, v. capítulo 2.

⁷⁵⁹ Por ejemplo, la especialidad procedimental prevista en el art. 119 de la Ley de Costas española y art. 212 del reglamento de desarrollo de esta ley, de 28 de julio de 1988, para los supuestos de actos y acuerdos que infrinjan la Ley de Costas y que sean, por ello, contrarios al interés general. Se establece la preferencia por el procedimiento de suspensión, indicando que el juez ha de adoptar una resolución especialmente rauda.

⁷⁶⁰ Vgr. las previsiones contenidas en la legislación especial sobre ausencia de efecto suspensivo automático en Alemania.

contemplan en la propia ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, puede tratarse de precisiones o innovaciones que realiza la propia ley (como son los supuestos de ausencia de efecto suspensivo del art. 80 VwGO en Alemania), o bien que en realidad se trate de la codificación en un único instrumento normativo de regímenes particulares previstos en otras leyes (como es el caso del nuevo Código de Justicia Administrativa en Francia). Esta última opción presenta gran utilidad práctica en un contexto marcado por la regulación sectorial con especialidades procesales propias, dado que, frente a la proliferación normativa desenfrenada⁷⁶¹, necesaria, por otra parte, en la complejidad del entorno económico y social actual, el legislador “ordena” la normativa existente atendiendo a otro criterio, práctico, cual es el referente al proceso. A continuación se expondrá cuál es la regulación del perjuicio en el Derecho positivo, estudiando las diversas denominaciones y las consecuencias jurídicas derivadas de ello. Se presentará la normativa general, remitiendo al Capítulo 5 en lo que respecta a los regímenes especiales.

1.- La existencia de varias categorías (*periculum in mora*, perjuicio, urgencia, daño) y la reducción a un mínimo denominador común

El *periculum in mora* en el contexto de la tutela cautelar podría definirse, con carácter instrumental y a reserva de las matizaciones que se realizarán en líneas sucesivas, como el peligro para el demandante de sufrir un perjuicio grave e irreparable en sus bienes, derechos, intereses o situación jurídica⁷⁶². Este elemento recibe diversas denominaciones en los ordenamientos jurídicos objeto de la comparación, e incluso dentro de cada uno de ellos, circunstancia que lo convierte en una categoría sumamente

⁷⁶¹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

⁷⁶² Tal y como constata FÉVRIER refiriéndose a esta cuestión en Derecho francés, no es posible ofrecer una definición precisa y omnicomprendensiva de este concepto, dado que la jurisprudencia lo aplica de diversas maneras. Esta circunstancia habría de vincularse, a juicio de este autor, a la técnica del estándar. Cfr. J.-M. FÉVRIER, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, L'Harmattan, París, 2000, p. 361. Sobre la técnica del estándar, v. S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, París, 1980.

imprecisa que beneficiaría, según algún autor, al poder público, a la Administración.⁷⁶³ Sin embargo, y aun a fuer de compartir la crítica referente a la indeterminación del concepto, su vinculación con el beneficio a una de las partes del proceso no parece evidente. Antes bien, ello parece obedecer al inevitable casuismo que preside la materia y, probablemente, a la pluralidad de instrumentos procesales que conviven bajo una misma denominación: tutela cautelar.

En España, la jurisprudencia y la doctrina se refieren, indistintamente, a daño y a perjuicio, apareciendo las más de las veces en una fórmula dual, vinculados los términos por una conjunción adversativa (daño o perjuicio). Esto es así en consonancia con nuestra legislación clásica, la de 1956, deudora en este sentido de las construcciones decimonónicas.⁷⁶⁴ La preferencia del término “daño” frente al de “perjuicio” podría indicar, además, el vínculo existente entre los procedimientos cautelares y la acción de responsabilidad, dado que son las expresiones que, junto a la de “lesión”, se emplean en este último contexto.⁷⁶⁵ En este sentido, en Derecho comunitario se ha indicado que,

⁷⁶³ J.-M. FÉVRIER, cit., p. 362.

⁷⁶⁴ Cfr. art. 3 del Real Decreto Orgánico, de 4 de julio de 1861; art. 84 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 30 de noviembre de 1870; art. 54 del Reglamento de 18 de febrero de 1871, *regulador del régimen y tramitación de los negocios en el Ministerio de Hacienda*; art. 100 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (primera que con carácter general regula la suspensión de los actos administrativos) de 1888; art. 107 del texto refundido de febrero de 1952. Apud J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 100, nota 147. Sobre la evolución de las medidas cautelares en la legislación histórica, v. el capítulo 5.

⁷⁶⁵ El concepto de daño, en ocasiones, se vincula a la lesión que caracteriza el régimen de responsabilidad. En algunos casos, incluso, el daño se ha valorado en función de las posibilidades de obtener una indemnización a raíz de una acción de responsabilidad. El Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estableció en un auto de 14 de diciembre de 2000 que para apreciar la reparabilidad del daño no es lícito acudir a una valoración *a priori* de las probabilidades de prosperar de una acción de responsabilidad [*Euroalliage*, C-404/01 P (R), Rec. 2001, p. I-10367]. En este particular me remito a las reflexiones que realiza E. GUICHOT en su obra *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, en especial en las páginas relativas a la relación entre la demanda de medidas provisionales y la acción de responsabilidad (pp. 430ss.). Si bien el autor se centra en la responsabilidad según el Derecho Comunitario, las afirmaciones que realiza en esta materia las considero extrapolables a otros ordenamientos. Se han de diferenciar dos ámbitos en este contexto. Así, en primer lugar, se encuentran las medidas cautelares que acompañan una acción de responsabilidad y que, por lo general, al menos en Derecho Comunitario, son desestimadas (E. GUICHOT, cit., p. 439). En segundo lugar, la acción de responsabilidad parece constituir una alternativa a la adopción de las medidas cautelares. Si existe un

pese al uso indiferenciado que de ambos términos realiza el Tribunal de Justicia, los conceptos se han de separar, debido precisamente al vínculo del “daño” con la acción de responsabilidad.⁷⁶⁶ También en Francia, FÉVRIER se ha manifestado partidario de emplear el término “conséquence” en vez de “préjudice” para evitar la identificación del procedimiento cautelar con el contencioso de la responsabilidad. La identificación entre ambos, afirma el autor, redundaría en contra de los intereses del justiciable, toda vez que el juez trataría de evitar, en realidad, que prosperase una acción de responsabilidad. Así, realizaría un examen de las hipotéticas consecuencias negativas para la Administración y, tras ello, adoptaría la decisión correspondiente sobre la pretensión de suspensión.⁷⁶⁷ Por último, el debate en torno a la vinculación entre la demanda de medidas cautelares y la acción de responsabilidad no se plantea en Alemania, al menos en los términos de otros ordenamientos. Ello es debido a que todas las demandas de indemnización (por responsabilidad de los poderes públicos, por impugnación de la cuantía en procedimientos de expropiación, por vulneración de la confianza legítima en ciertos casos...) son competencia de la jurisdicción civil.⁷⁶⁸

En cuanto a las características del daño, éste habrá de ser grave y de reparación difícil para justificar la adopción de la medida cautelar. Esta fórmula, sin embargo, no ha sido una constante en nuestra legislación histórica, sino que es fruto de una evolución. Así, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888, denominada *Ley Santamaría de Paredes*, contemplaba la suspensión de actos en su art. 100

adecuado sistema para exigir la responsabilidad de los poderes públicos, los Tribunales tienden a no conceder la medida cautelar solicitada. Ello es así, fundamentalmente, en los supuestos de perjuicios económicos, dado que, se entiende, siempre van a ser susceptibles de reparación *a posteriori*.

⁷⁶⁶ Cfr. B. PASTOR BORGONÓN/ E. VAN GINDERACHTER, *El Procedimiento de Medidas Cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 97.

⁷⁶⁷ J.-M. FÉVRIER, cit., pp.369ss. En parecidos términos, C. GABOLDE, *Aménager le sursis à exécution*, D.A. 1993, n. 2.

⁷⁶⁸ Cfr. T. WÜRTENBERGER, *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 1998, pp. 79ss.

exclusivamente en los supuestos de daño de imposible reparación.⁷⁶⁹ El texto refundido de 1952 siguió fiel a esta opción del legislador, refiriéndose en su art. 107 a los “daños irreparables”.⁷⁷⁰ La ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 sentó las bases de un nuevo sistema, dado que, aludiendo en su art. 122 a los daños de reparación imposible o *difícil*, se mostraba más favorable a la suspensión.⁷⁷¹ Finalmente, esta es la expresión que ha permanecido hasta la fecha en la jurisprudencia, incluso en la aplicación de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. La evolución del concepto de asemeja a la de otros ordenamientos de nuestro entorno y, como ellos, dada su imprecisión, ha debido ser objeto de desarrollo jurisprudencial. Las dificultades para identificar un significado claro y aplicable en todos los supuestos son claras. Así, debido al ingente casuismo que preside la materia, el establecimiento de fórmulas objetivas resulta complejo y, cuando éstas se han establecido, no han recibido, por lo general, buena acogida.⁷⁷²

⁷⁶⁹ V. L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 206. El modelo de medidas cautelares previsto en esta ley (art. 100) presentaba límites no sólo en el aspecto mencionado, sino también en el tipo de medidas que podían ser adoptadas (únicamente la suspensión, limitación que heredaría la ley de 1956) y en la exigencia de contar con la opinión favorable del Fiscal (en el proyecto que llegó a la Comisión del Congreso esta figura conservaba el nombre de “defensor de la Administración”). Caso de no obtenerse dicho informe favorable, la suspensión sólo era posible con el acuerdo del gobernador o del Gobierno, con la consecuencia obvia de que pocos serían los supuestos en que dicha suspensión prosperara. Como última característica del sistema, se exigía la prestación de una fianza. El tema de la tutela cautelar, sin embargo, no fue objeto de gran controversia en la época y el proyecto inicial, tal y como recuerda MARTÍN REBOLLO, permaneció prácticamente inalterado desde su origen hasta su aprobación final (sólo sufrió los necesarios ajustes requeridos en la redacción final de la ley), sin ser objeto de debate. Ello no obstante, existió una propuesta inicial, en línea con las conclusiones del Congreso Jurídico Español de 1886, según la cual la suspensión habría de ser la regla y la ejecución de la resolución impugnada sólo vendría exigida por razones de manifiesto interés público. Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, cit., p. 91, nota núm. 53.

⁷⁷⁰ Cfr. C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, *Suspensión de los actos administrativos por los tribunales de lo contencioso*, Montecorvo, Madrid, 1963, p. 75.

⁷⁷¹ Cfr. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, cit., pp. 100ss.

⁷⁷² En 1963, C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ planteaba el debate en similares términos. Cfr. C. MARTÍN-RETORTILLO, cit., p. 80.

Además de los términos “daños y perjuicios”, el de “urgencia” también ha sido y es utilizado por diversos autores, habiendo sido incluido en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995, para identificar uno de los ámbitos de aplicación de las medidas cautelares innominadas.⁷⁷³ Asimismo, el Consejo General del Poder Judicial se refiere al elemento de la urgencia en su Memoria sobre el Proyecto, de 30 de septiembre de 1995, en el contexto de las denominadas medidas cautelares provisionales.⁷⁷⁴

Finalmente, los artículos 129 y 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 sientan las bases del nuevo sistema de medidas cautelares sin una referencia directa al perjuicio⁷⁷⁵ o a la urgencia.⁷⁷⁶ La medida cautelar se vincula con el aseguramiento de la efectividad de la sentencia y, como se especifica en el art. 130, ello significa que se ha de evitar que el recurso pierda su finalidad legítima. Pese a esta inicial diferencia, el Tribunal Supremo, tal y como la doctrina había interpretado anteriormente,⁷⁷⁷ ha identificado dichas fórmulas con el perjuicio grave e irreparable al

⁷⁷³ Art. 133, apartado 1: *En casos de urgencia, inactividad o vía de hecho de la Administración en que resulte afectada la integridad de bienes o derechos, el Juez o Tribunal podrá adoptar también las medidas provisionales solicitadas que sean indispensables y adecuadas para preservar aquéllos y asegurar la efectividad de la sentencia que, en su caso, ponga fin al recurso.*

⁷⁷⁴ Cfr. p. 142.

⁷⁷⁵ Sólo lo hace en el art. 133 para referirse a una cuestión diferente, a saber, los perjuicios ocasionados por la adopción de la propia medida cautelar. En este artículo se regula el régimen de garantías que el juez puede exigir como condición de la medida y se vincula la tutela cautelar a la causación de responsabilidad. Tutela cautelar y responsabilidad son dos instituciones jurídicas que el legislador conecta, en ocasiones de forma positiva (como cláusula de cierre del sistema) y, en otras, negativa (en la valoración, contraria a las pretensiones del demandante, del perjuicio económico).

⁷⁷⁶ El decaído Proyecto de Ley de la Jurisdicción de 1995, en su art. 130, establecía que la suspensión podía acordarse, en primer lugar, “cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso” y, en segundo lugar, “cuando la ejecución del acto pudiera causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación”. El Consejo de Estado, en su Dictamen al Proyecto, se preguntaba si, en efecto, ambos supuestos eran diferentes, o si no se trataría de una relación género-especie, “toda vez que la pérdida de la finalidad de un recurso por ejecución del acto es un ejemplo de daño de imposible o difícil reparación causado por la ejecución del acto”. Cfr. p. 798 del Dictamen.

⁷⁷⁷ Como referencia doctrinal sirvan por todos los trabajos de Carmen CHINCHILLA MARÍN, *Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), “Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-

que me refiero en el presente epígrafe. A título de ejemplo puede citarse el (ejemplar, por didáctico y sistemático) Auto de 8 de marzo de 2001 [Ponente: Nicolás Maurandi Guillén, Ar. 2848, FJ 1º], donde expresamente se sostiene que “*en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (...), el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder la finalidad legítima al recurso. Esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del periculum in mora*”.⁷⁷⁸ En parecidos términos se expresa el Auto de 19 de febrero de 2001 [Ponente: Manuel Goded Miranda, Ar. 2845, FJ 2º]: “*Debemos entender que el recurso pierde su finalidad si el recurrente, caso de obtener una sentencia favorable a su pretensión, no podría alcanzar la satisfacción de su derecho. Por ello hemos de vincular la medida cautelar a la idea de que la ejecución pueda causar al recurrente unos perjuicios que harían ilusoria la estimación del recurso*”.

Los primeros autos del Tribunal Supremo tras la aprobación de la Ley de la Jurisdicción de 1998 se refieren, en coherencia con lo anterior, a la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Así, en el ATS de 6 de abril de 1999⁷⁷⁹ se establecen los fundamentos de la tutela cautelar según la nueva ley. Esta fórmula será reiterada en buena parte de los autos del Alto Tribunal. La vinculación concreta entre la pérdida de la finalidad legítima del recurso y el *periculum in mora* se encuentra en el ATS de 22 de marzo de 2000⁷⁸⁰. Con posterioridad este vínculo consta en otros autos.⁷⁸¹ Existen, sin

administrativa”, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 17ss. [especialmente, pp. 48ss.]; *Medidas cautelares*, en “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, REDA 100, pp. 863ss.; *La tutela cautelar*, en J. LEGUINA VILLA/ M. SÁNCHEZ MORÓN (dir.), “Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 563ss. Esta autora considera que la fórmula empleada por el legislador en 1998 (garantía de la efectividad de la sentencia) remite, en realidad, al perjuicio grave o irreparable de la legislación anterior y que la diferencia radicaría en la distinta comprensión de la ejecutividad de los actos administrativos, que la ley de 1998 habría actualizado en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

⁷⁷⁸ Esta jurisprudencia es constante desde el ATS de 22 de marzo de 2000, del mismo ponente que el auto citado en el texto.

⁷⁷⁹ Ar. 4361, Ponente: Martín González.

⁷⁸⁰ Ponente: Maurandi Guillén.

embargo, algunos pronunciamientos que parecen diferenciar la pérdida de la finalidad legítima del recurso y el perjuicio por la mora procesal que caracteriza las medidas cautelares.⁷⁸²

Pese a que la definición del perjuicio sigue, como se ha visto, la tradición histórica del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, se ha introducido un importante cambio de perspectiva. En efecto, la mención del aseguramiento de la efectividad de la sentencia y de la garantía de la finalidad legítima del recurso, indica, en primer lugar, una determinada concepción del contencioso, que parece consolidarse incluso en los ordenamientos tradicionalmente más reticentes a ello.⁷⁸³ El perjuicio que se deriva de ambas expresiones se refiere a la protección de situaciones jurídicas, indicando de este modo que se concibe este tipo de recursos como recursos subjetivos, de tutela de pretensiones.⁷⁸⁴ En segundo lugar, la concepción objetiva, de garantía del respeto del ordenamiento jurídico, también se encuentra presente, dado que la finalidad legítima del recurso consiste, efectivamente, en la satisfacción de la pretensión, pero también en el restablecimiento del respeto al ordenamiento jurídico.⁷⁸⁵

En el ordenamiento español, y a diferencia del Derecho comunitario, la tutela cautelar se desarrolla de la mano de la subjetivización del contencioso y se considera un

⁷⁸¹ Vid., a título ilustrativo, ATS de 5 de febrero de 2001, Ar. 1398 [ponente: Trujillo Mamely]; ATS de 4 de octubre de 2000, Ar. 2000/9919 [ponente: Maurandi Guillén]; ATS de 8 de marzo de 2001, Ar. 2848 [ponente: Maurandi Guillén]; ATS de 9 de julio de 1999, Ar. 6836 [ponente: Martín González].

⁷⁸² V., por ejemplo, el ATS de 24 de enero de 2001, Ar. 2001/2849 [ponente: González Rivas].

⁷⁸³ A esta cuestión me refiero por extenso en el capítulo 9.

⁷⁸⁴ Sobre esta afirmación, v. por todos J.R. FERNÁNDEZ TORRES, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998. Es especial, vid. pp. 253ss.

⁷⁸⁵ Pese a que la nueva concepción del contencioso a la que me he referido afecta no sólo a España, sino también a otros ordenamientos, el Derecho comunitario presenta un marcado carácter objetivo. En este contexto, la tutela cautelar comenzó a configurarse (y aun hoy puede decirse que conserva esta función) como un mecanismo para garantizar la efectividad de este Derecho, tanto de las normas originarias como derivadas. Pese a que de dicho mandato de efectividad se deduce la protección de los derechos individuales conferidos por el Derecho comunitario, la finalidad primera es, reitero, la de garantizar el cumplimiento objetivo de dicho cuerpo normativo.

instrumento de garantía de las pretensiones individuales. Sin embargo, en aras a mantener un cierto control objetivo en la materia, el legislador ha optado por mantener ciertas cláusulas de prevalencia del interés general. Estas cláusulas se condensan en la fórmula de la “ponderación de intereses”, que no es sino una ponderación de perjuicios (pasados, además, por el tamiz del *fons boni iuris*) donde el interés público desarrolla una función esencial, tanto si es alegado por una Administración como por un particular. Se ha de recordar, además, que en un Estado social y democrático de Derecho dicho interés general ha de ser el reconocido en una norma, aun cuando su origen sea (como el de toda norma, por otra parte) una decisión política. La ponderación de intereses, tal y como se explica por extenso en el Capítulo 9, aparece por vez primera en el articulado de la ley tras la reforma de 1998, dado que hasta dicha fecha se reconocía exclusivamente en la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 1956, completada por la jurisprudencia. La fórmula desarrollada por el Tribunal Supremo español en desarrollo de la ley de 1998⁷⁸⁶ recuerda a la empleada por el mismo Tribunal en aplicación de su antecesora.⁷⁸⁷

En Francia⁷⁸⁸, la expresión tradicional que la jurisprudencia ha empleado para designar el *periculum in mora* es la de “consecuencias difícilmente reparables o de reparación imposible” (*conséquences difficilement réparables ou de réparation impossible*)⁷⁸⁹, siendo

⁷⁸⁶ “Y por lo que hace a la apreciación del *periculum in mora*, como se desprende de lo establecido en el párrafo inicial del antes citado art. 130, el principal criterio para la adopción de la suspensión cautelar está representado por una adecuada y casuística ponderación de los intereses en conflicto, dando primacía a aquel cuyo sacrificio presente mayor gravedad o trascendencia”. V. ATS de 5 de diciembre de 2000, Ar. 2001/286, Ponente: Nicolás Maurandi Guillén, FJ 2º.

⁷⁸⁷ “Cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Por el contrario, cuando aquellas exigencias sean de gran intensidad, los perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión”. A título de ejemplo puede verse el ATS de 21 de enero de 1997, Ar. 84.

⁷⁸⁸ V. con carácter general, R. DENOIX DE SAINT MARC, *Les notions de “préjudice difficilement réparable” et de “moyen sérieux”*, G. P., 1985, pp. 124ss.

⁷⁸⁹ El Decreto de 30 de junio de 1963 codificó la jurisprudencia existente en esta materia. Apud R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 9ª ed. 2001, n. 1555. La doctrina utiliza

este el primer criterio que el Consejo de Estado exigió en su día para la suspensión del acto administrativo.⁷⁹⁰ Como en otros ordenamientos, la expresión francesa ha sido objeto de un ingente desarrollo jurisprudencial que impide la reducción a la unidad dogmática de todas sus manifestaciones.⁷⁹¹

En la primera mitad del S. XIX, como en los primeros momentos de la regulación española, la gravedad del perjuicio se vincula a su irreparabilidad. Más adelante, el Consejo de Estado hará hincapié en las circunstancias singulares de cada caso, refiriéndose únicamente a la “gravedad” del perjuicio y abandonando de forma paulatina el concepto de irreparabilidad. En 1963⁷⁹², se incluye por vez primera la expresión de “consecuencias difícilmente reparables” en el Derecho positivo, siete años después de la norma española – la ley de la jurisdicción –, que incorporaba una modificación similar. Sin embargo, la doctrina considera que en la práctica no se apreció ninguna modificación, dado que el Consejo de Estado continuó refiriéndose a las circunstancias de cada caso, prescindiendo, las más de las veces, de una motivación satisfactoria.⁷⁹³

De forma paralela, jurisprudencia y doctrina han empleado hasta hoy el término “urgencia” (*urgence*). El ámbito de aplicación de la urgencia es más extenso y ha sustituido a las “consecuencias difícilmente reparables” en la reforma del contencioso-

también el concepto de *préjudice irréparable o difficilement réparable*, pero la expresión que ha encontrado cabida en los textos normativos es la reproducida en el texto.

⁷⁹⁰ R. DENOIX DE SAINT MARC, cit., pp. 124-125.

⁷⁹¹ Cfr. en lo que sigue J.-M. FÉVRIER, cit., pp. 260ss.

⁷⁹² Decreto n° 766, de 30 de julio de 1963.

⁷⁹³ Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit., p. 262. En general puede decirse que la motivación es una de las claves de bóveda de la tutela cautelar. Los autos sobre medidas cautelares en todos los ordenamientos carecen en buena parte de los casos de una motivación convincente, coherentemente construida y basada en elementos de prueba pertinentes para el asunto concreto. En el caso español entiendo que el legislador insiste en este aspecto al referirse en el art. 130 a una “*valoración circunstanciada de los intereses en conflicto*”. Para un mayor desarrollo de esta cuestión me remito al capítulo 9.

administrativo en Francia, en vigor desde enero de 2001. Así, si bien en ocasiones la urgencia se identifica con el perjuicio en sentido clásico, en otras se vincula de forma más amplia al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, en un sentido parangonable a la “garantía de la efectividad de la sentencia” o a la “pérdida de la finalidad legítima del recurso” en España, a la exigencia constitucional de celeridad en Alemania o a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en este sentido.⁷⁹⁴ Se emplea, en consecuencia, tanto para referirse a uno de los criterios que en el proceso determinarán la adopción o no de dicha medida, como para designar genéricamente la función de toda medida cautelar, esto es, hacer frente a ciertos efectos del tiempo en el proceso y, con ello, garantizar la efectividad de la tutela judicial.

Esta doble acepción de la urgencia ha presidido la reforma de los procedimientos de *référé* en 2000. En una acepción amplia, con la urgencia se alude al peligro genérico existente en todo pleito para los bienes y derechos de las partes debido al tiempo necesario para obtener una resolución judicial. En su acepción más restringida, en la división realizada por la nueva ley reguladora de las medidas cautelares, siguiendo las pautas de la tradición francesa en materia cautelar, la urgencia debe ser alegada por la parte e individualizada en el caso concreto, sopesándola con aquélla opuesta por el contrario en el pleito.⁷⁹⁵

El nuevo Código de Justicia Administrativa francés incluye el concepto amplio de urgencia como principio según el cual ha de desarrollarse el proceso contencioso-administrativo, en general, y los procedimientos cautelares, en particular. Se ha producido una cierta mutación en la inteligencia del precepto, dado que, en su sentido amplio, ya no designa únicamente la función de la medida cautelar (efectividad de la

⁷⁹⁴ Me remito a las explicaciones sobre el estatuto constitucional de las medidas cautelares y la constitucionalización de la urgencia realizadas en el Capítulo 4.

⁷⁹⁵ V. R. CHAPUS, cit., nn. 1510 y 1511. Esta distinción entre los dos tipos de urgencia recuerda a la existente en Derecho comunitario: urgencia y perjuicio, que, sin embargo, se entiende superada.

sentencia cautelar), sino que es manifestación de un principio rector de la justicia administrativa cuyo alcance es necesariamente mayor.

En segundo lugar, el Código también emplea el concepto restringido de urgencia como criterio legal, que determina la adopción de los instrumentos procesales regulados en los arts. L. 521-1, L. 521-2 y L. 521-3 del Código de Justicia Administrativa. En este segundo supuesto, la urgencia es el elemento que permite distinguir los procedimientos regulados en los artículos mencionados (de naturaleza provisional e, incluso, sumaria) y los institutos jurídicos previstos en los arts. R. 531-1, R. 531-2 y R. 541-1 (de naturaleza estrictamente cautelar o preventiva). Se trata del *periculum in mora* en sentido clásico y, curiosamente, sólo se aplica a unas medidas cautelares (las indicadas en primer lugar, esto es, las reguladas en la parte legislativa del Código) y no a otras. La apariencia de buen derecho contribuye a delimitar los contornos del perjuicio, dado que éste se ha de valorar en función de las posibilidades de éxito de las pretensiones de las partes. Pero en la medida en que dicho *fumus* haga su aparición sin venir acompañado del criterio del perjuicio, parece que se trataría de un juicio sumario y no propiamente de una medida cautelar. De la misma manera, las medidas que se adopten sin tener en cuenta ninguno de ambos criterios (como la realización de determinados peritajes) habrán de ser incluidas en otras categorías jurídicas.⁷⁹⁶

Algunos autores entienden que con la nueva ley no se ha producido más que un cambio de nomenclatura: las antiguas “consecuencias difícilmente reparables” se han convertido en “urgencia”.⁷⁹⁷ Sin embargo, parece que detrás de esta modificación semántica se encuentra la intención de poner freno a una interpretación sumamente

⁷⁹⁶ V. al respecto el capítulo 2 y, en concreto, el apartado IV, relativo a las categorías afines a las medidas cautelares.

⁷⁹⁷ C. MORLOT-DEHAN, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, Petites Affiches (PA) 176, pp. 4ss. [p. 6]; R. VANDERMEEREN, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, AJDA 9 (2000), pp. 706ss. [p. 710]: “Dos exigencias que, a pesar de los cambios semánticos (...) no impiden recordar al lector atento las condiciones de adopción de la suspensión”.

restrictiva de las circunstancias conducentes a la suspensión del acto.⁷⁹⁸ La urgencia podría permitir a partir de ahora tener en cuenta perjuicios de carácter económico que el Consejo de Estado había optado por excluir del concepto “consecuencias difícilmente reparables”.

En Derecho alemán existen las expresiones “daño irreparable” y “consecuencias irreparables”, que utiliza la doctrina (*irreparables Schaden, irreparable Folgen*⁷⁹⁹) y, en algunos casos, la ley (*unbillige Härte*, art. 80.4 VwGO; *wesentliche Nachteile*, art. 123 I 2 VwGO). También en ocasiones se emplea la expresión (más respetuosa con el original latino) de peligro (*Gefahr*) o peligro inminente (*drohende Gewalt*).⁸⁰⁰ Por último, algunos autores emplean en sus explicaciones el término de reminiscencias galas de “urgencia” (*Dringlichkeit*) o de “perentoriedad” (*Eilbedürftigkeit*).⁸⁰¹ En principio se ha de indicar que el empleo de uno u otro término no indica la opción por una determinada interpretación del *periculum*, sino que, por lo general, se emplean como sinónimos.

Los subsistemas de tutela cautelar previstos en la Ley alemana de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se diferencian también, y entre otras cuestiones, atendiendo al criterio del perjuicio. Así, en primer lugar, el juez ha de tener en cuenta el perjuicio a efectos de acordar la ejecución inmediata del acto administrativo automáticamente suspendido.⁸⁰² Por su parte, en lo que respecta a las medidas cautelares distintas de la suspensión, el art. 123 VwGO prevé, como ya se explicó, una dualidad de regímenes, según se trate de medidas de conservación o aseguramiento (*Sicherungsanordnung* – art. 123 I 1 VwGO), o bien de las medidas necesarias para regular

⁷⁹⁸ Esta afirmación consta en diversos documentos, entre los que destaca la propia exposición de motivos de la ley de *référé* presentada por el Gobierno.

⁷⁹⁹ K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., p. 333.

⁸⁰⁰ V. especialmente el art. 123 I 2 VwGO.

⁸⁰¹ Ambos términos en K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., *passim*. Véase a título de ejemplo p. 70.

⁸⁰² Cfr. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit. pp. 331ss.

provisionalmente el objeto del pleito (*Regelungsanordnung* - art. 123 I 2 VwGO), de contenido necesariamente más amplio.

En las medidas de aseguramiento prima el requisito del perjuicio, circunstancia que puede obedecer a su parecido funcional con la orden de ejecución frente a la suspensión automática; parecido que algunos autores ya han constatado.⁸⁰³ Se establece un mecanismo de protección frente a los perjuicios causados por el transcurso del tiempo en el contexto de los recursos distintos de la anulación, especialmente en los supuestos de vía de hecho (*behördliche Eingriffe durch schlichthoheitliches Verwaltungshandeln*).⁸⁰⁴

En las medidas de regulación, que poseen una virtualidad configuradora de las situaciones jurídicas en conflicto, la estructura resulta algo más compleja. Al igual que en las medidas de aseguramiento, la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre una pretensión cautelar (*Regelungsanspruch*) y su motivación (*Regelungsgrund*).⁸⁰⁵ En las medidas de aseguramiento ambas se rigen por el perjuicio. Sin embargo, en las medidas de regulación cada elemento del juicio cautelar atiende a un criterio diferente. La pretensión cautelar requiere, como en la pretensión de aseguramiento, una constatación del *periculum in mora*. Pero, además, dicha pretensión no está completa jurídicamente sin una acreditación de su "credibilidad" (*Glaubhaftmachung*), elemento que ciertamente evoca la apariencia de buen derecho.

A pesar de las anteriores precisiones en torno al perjuicio, la terminología tradicional hace referencia a la constelación de intereses implicados en el procedimiento

⁸⁰³ K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit. pp. 83ss. Esta semejanza funcional podría servir de argumento a quienes en Alemania defienden una regulación única y común del régimen general de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo.

⁸⁰⁴ *Ibidem*.

⁸⁰⁵ *Sicherungsanspruch* y *Sicherungsgrund* para las medidas de aseguramiento.

de adopción de la medida cautelar, intereses que, inevitablemente, aparecen determinados por el criterio del perjuicio, pero cuya complejidad es mayor. En efecto, la legislación no suele contemplar alusiones específicas a los criterios tradicionales, sino que se refiere a un objetivo, la garantía de la efectividad de la sentencia, o bien al mecanismo argumentativo que el juez ha de emplear: la ponderación. En este sentido parece que todas las legislaciones coinciden en apuntar una nueva tendencia en la que desaparecen formalmente las categorías clásicas de perjuicio y apariencia de buen derecho, siendo sustituidas por expresiones de contenido más amplio que obedecen, probablemente, a una nueva concepción de la misma institución.⁸⁰⁶

En Derecho comunitario la urgencia o perjuicio es, reitero, “*el elemento que define la esencia de las medidas cautelares, ya que éstas surgen como respuesta (en el complejo contexto exigido por un sistema moderno de protección judicial) a la falta de contemporaneidad entre el momento en que un derecho cobra vida y el momento en que la existencia de este derecho es definitivamente (procesalmente) establecida*”.⁸⁰⁷ Es una característica esencial de las medidas cautelares y condición de admisibilidad de la demanda⁸⁰⁸, pero es también criterio de fondo para la adopción o no de la medida en cuestión.

Algunos autores han distinguido entre una urgencia en sentido amplio y una urgencia en sentido estricto: la urgencia en sentido amplio aludiría al peligro que persigue a todos los bienes e intereses debido a la mora procesal y la urgencia en sentido estricto haría referencia a la inminencia o inmediatez del perjuicio.⁸⁰⁹ Sin embargo, la doctrina moderna prefiere incluir ambas categorías bajo una única rúbrica,

⁸⁰⁶ De nuevo, sobre estas cuestiones me remito al capítulo 9.

⁸⁰⁷ Conclusiones del Abogado General TESAURO en el asunto *Factortame*, cit., p. 16.

⁸⁰⁸ Arts. 83.2 RPTJ y 104.2 RPTPL

⁸⁰⁹ Véase G. VANDERSANDEN/ A. BARAV, *Contentieux Communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1977, pp. 440ss. Como se aprecia, esta distinción recuerda en buena medida a la construcción francesa.

la urgencia, de reminiscencias galas y contenido plural.⁸¹⁰ Dicho lo anterior, se ha de señalar que la urgencia relevante a efectos de tutela cautelar es la que define el peligro como algo inminente o inmediato y, por tanto, grave. Esta circunstancia se derivaría, además, del criterio de “necesidad”, que es el anclaje teórico de la urgencia en la tutela cautelar para algunos estudiosos del Derecho comunitario.⁸¹¹

Por otro lado, la medida cautelar que se solicita ha de vincularse al criterio de la necesidad, esto es, ha de existir una relación entre la medida y la decisión sobre el fondo, de tal manera que se satisfaga lo que se podría identificar con el primer estadio del juicio de proporcionalidad de corte germano. Algunos autores se han referido también al criterio de la adecuación como característica instrumental de la medida cautelar.⁸¹² Esta expresión se identifica con lo que constituiría el segundo estadio del juicio de proporcionalidad, en el esquema del Derecho alemán de este principio. Cabe preguntarse si el juez exige también un examen de proporcionalidad en sentido estricto, para estimar que la medida acordada es efectivamente proporcional y, con ello, válida. Estas características definitorias de la medida cautelar coadyuvan, *a contrario*, a

⁸¹⁰ Cfr. B. PASTOR BORGONÓN/ E. VAN GINDERACHTER, cit., pp. 91ss.; G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La tutela cautelar en el Derecho comunitario*, en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS / D.J. LINÁN NOGUERAS (eds.), “El Derecho comunitario y su aplicación judicial”, Civitas, Madrid, 1993, pp. 633ss. [p. 641]. En obras más antiguas la urgencia y el perjuicio reciben un tratamiento diferenciado. Cfr., por ejemplo, G. VANDERSANDEN/ A. BARAV, cit., pp. 440ss. El TPI ha seguido la interpretación más moderna en su sentencia de 24 de enero de 1992, as. T-44/90, *La Cinq c. Comisión*.

⁸¹¹ El criterio de la necesidad aparecería justificado por los arts. 242 TCE (ex-art. 185) y 243 TCE (ex-art. 186) que permiten la suspensión “si las circunstancias así lo exigen” y otras medidas cautelares “necesarias en los asuntos de que esté conociendo”. Cfr. M. SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, en *Revue belge de droit international*, 1967-1, pp. 127ss. [p. 142]. Sin embargo, no parece que la necesidad haya de ser considerada como un criterio autónomo sino que, más bien, se ha de entender que su contenido es precisado en los Reglamentos de Procedimiento de ambos Tribunales y se concretiza en los conceptos de urgencia, *fumus* y ponderación de intereses. En este sentido, interpreta el Tribunal, “el carácter urgente de una demanda cautelar debe apreciarse en relación con la necesidad que exista de pronunciarse provisionalmente a fin de evitar que se ocasione a la parte que solicita la medida provisional un perjuicio grave e irreparable”. Auto de 9 de julio de 1986, as. 119/86 R, Reino de España c. Consejo y Comisión, Rec. 1986, p. 2241.

⁸¹² Cfr. M. SLUSNY, cit., p. 142. Esta idea podría remitir, además, a la instrumentalidad, que es una característica definitoria de las medidas cautelares, condición de admisibilidad de la demanda, pero que, sin embargo, no es condición de fondo para la adopción de la medida cautelar.

determinar los elementos que caracterizan la gravedad del perjuicio. Así, sólo el perjuicio que guarde una relación de necesidad y adecuación (y quizás de proporcionalidad en sentido estricto) con la pretensión sobre el fondo, justificará la intervención del juez de la urgencia.

2.- Función y consecuencias de la urgencia en las medidas cautelares

El carácter central del perjuicio en la tutela cautelar en el contencioso-administrativo es palmario, dado que se parte del principio de la ejecutividad de los actos administrativos. Ello lo diferencia del contexto procesal en el ámbito privado e indica que las condiciones de adopción de las medidas cautelares en uno y otro contexto han de presentar rasgos diversos, de la misma manera que la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia es limitada.

La relevancia del *periculum*, especialmente en sus relaciones con el *fumus*, ha llevado a algunos autores a considerarlo una característica definitoria de las medidas cautelares y no exclusivamente una condición de adopción de la misma. Así, CALAMANDREI, en su estudio clásico sobre la materia, se refiere a este elemento en el epígrafe correspondiente a los criterios para la definición de los procedimientos cautelares.⁸¹³ Según este autor, al concepto de *periculum in mora* se llega tras la superación de dos elementos: la prevención y la urgencia. La prevención alude a la necesidad de protección de los bienes jurídicos frente a un daño temido; la urgencia viene determinada por un daño temido y, además, inminente; el *periculum in mora* exige que la amenaza sea de tal grado que sólo una medida de carácter provisional pueda hacerla frente, en espera de una decisión definitiva, adoptada con las garantías de las reposadas formas del proceso ordinario. La medida cautelar, según esta concepción, ha de

⁸¹³ P. CALAMANDREI, cit., pp. 17ss. Más adelante, en las pp. 18ss., volverá sobre este concepto en el análisis de los caracteres de estos procedimientos, esto es, en la exposición de las condiciones de adopción de estas medidas.

dirigirse (en una relación de medio a fin) a vencer los efectos del denominado “daño marginal”⁸¹⁴, que es aquél directamente derivado de la mora.

De la circunstancia presentada en el párrafo anterior – el *periculum* como característica definitoria de las medidas cautelares – se derivan diversas consideraciones. En primer lugar, dada su importancia, la urgencia no es sólo un criterio de adopción de la medida cautelar, sino también una condición de admisibilidad de la demanda. Este requisito ya se analizó en el Capítulo 6, pero conviene reiterar ahora que en algunos ordenamientos se plantean problemas con respecto a un análisis doble de los mismos requisitos. Así, si la urgencia se ha valorado ya en la fase de admisión a trámite de la medida cautelar, el *periculum* como condición de adopción habrá de presentar un contenido distinto. En caso contrario, entiendo se trataría de un régimen redundante y con posibles deficiencias desde el punto de vista de las garantías procesales.

En segundo lugar, en el contexto del desarrollo del proceso, el hecho de ser el perjuicio una característica esencial de las medidas cautelares supone que pueda concurrir antes incluso de la interposición de la demanda principal, o bien en condiciones procesales totalmente extraordinarias, como puede ser su adopción *in audita parte*. Este tipo de respuestas procesales, exigidas por la urgencia y de carácter en cierta manera anómalo con respecto a lo que se considera el proceso tradicional, se encuentran en constante aumento.

Junto a ello, también han proliferado en los últimos años una serie de medidas destinadas a paliar los efectos del tiempo en los propios procedimientos cautelares.⁸¹⁵

⁸¹⁴ CALAMANDREI toma este concepto de FINZI.

⁸¹⁵ En Francia, en 1995 se creó la denominada “*suspension*”, que permite obtener la suspensión del acto administrativo durante el tiempo que el juez necesite para resolver la demanda de “*sursis*” o suspensión en sentido tradicional. En el Derecho comunitario también se ha introducido una institución de estas características con la reforma del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia (DO L 322, el 19 de diciembre de 2000.). Al respecto me remito a lo ya expuesto en el capítulo 6.

En general, la creación de instrumentos destinados a vencer los efectos negativos del tiempo en el proceso es digna de alabanza, y así lo han entendido los autores que se han ocupado de ello hasta la fecha.⁸¹⁶ Sin embargo, la excesiva proliferación de este tipo de mecanismos puede redundar en perjuicio de la administración de justicia en general, como ya advirtiera en 1963 Cirilo MARTÍN-RETORTILLO refiriéndose a las dilaciones producidas por la parte que ha obtenido la suspensión y que, recurriendo a diversos incidentes, trata de paralizar la actividad de la Administración cuanto fuera posible.⁸¹⁷

En tercer lugar, del *periculum* como característica definitoria de las medidas cautelares se deriva el sistema de contracautelas⁸¹⁸ para paliar los efectos de una resolución provisional que posteriormente se demuestra ser inadecuada. La contracautela se encuentra en la esencia de la institución estudiada, hasta tal punto que CALAMANDREI incluyó las cauciones procesales como una categoría más en la

⁸¹⁶ Cfr. a título de ejemplo E. GARCÍA DE ENTERRÍA/ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, Madrid, 6ª ed., 1999, pp. 624-625: “La lucha contra el abuso de los procesos ha desencadenado en el mundo occidental la puesta en marcha de juicios provisionales (como lo han sido históricamente los interdictos, que dispensan de largas acciones declarativas), juicios sumarisimos y autónomos o no accesorios de otro principal, que no causan fuerza de cosa juzgada formal (los famosos référé, desarrollados sobre todo en el Derecho francés) y de un incremento resuelto de las llamadas medidas cautelares, que permiten reequilibrar desde el inicio del proceso, sin necesidad de esperar a las lejanas sentencias firmes, la situación real de que se parte, cuando ésta aparece en términos suficientemente claros”. Con respecto a las medidas cautelares, no sólo se plantea el problema de las dilaciones atribuibles a las partes, sino también la propia “muerte de éxito” de la institución. Roland DRAGO se refiere en concreto a la actividad de los abogados y de la propia Administración, sin que el juez pueda, en buena parte de los casos, hacer nada al respecto. Cfr. prólogo a O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, París, 1991, p. 16.

⁸¹⁷ C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, cit., p. 20: “Así se evitaría que un instrumento procesal, instrumento de justicia, degenerase en un obstáculo que viniera a entorpecer y a dificultar la propia justicia invocada y a paralizar más de lo debido la justicia administrativa”. MARTÍN-RETORTILLO propone establecer un trámite de urgencia para todas las demandas de tutela cautelar, en aras precisamente a evitar estas prácticas disuasorias y recuperar con ello el espíritu de la institución.

⁸¹⁸ El concepto de “contracautela” se remonta a los trabajos de CHIOVENDA y, en la medida en que se trata de una cautela frente al instrumento de protección cautelar de la pretensión principal, está destinado a reestablecer el equilibrio entre los diversos intereses. Cfr. P. CALAMANDREI, cit., pp. 44ss. C. MARTÍN-RETORTILLO sólo se refiere a la necesidad de proteger el interés público o de terceros frente a abusos de las partes e insiste en la diferenciación entre caución y fianza, así como en los criterios de que se sirve el juez para determinarlos. Cfr. C. MARTÍN-RETORTILLO, cit., pp. 95ss.

sistemática de los procedimientos cautelares.⁸¹⁹ Las cauciones presentan una instrumentalidad negativa respecto del procedimiento cautelar *stricto sensu*, dado que pretenden paliar los perjuicios que con él se originen, y positiva en relación al procedimiento principal, cuya efectividad garantizan.⁸²⁰ El régimen de responsabilidad derivado de la tutela cautelar, como se indicó en el capítulo 6, contribuye, en principio, a que se otorgue con mayor frecuencia la medida cautelar⁸²¹, dado que contrarresta la indeterminación que persigue al *periculum in mora* y que pudiera llevar al juez a no adoptar la medida.

II. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL *PERICULUM IN MORA*

En la primera parte del presente capítulo se ha realizado una aproximación a la configuración legal y doctrinal del *periculum in mora* y, para ello, se ha analizado el concepto de daño o perjuicio en su evolución histórico-normativa. A continuación se presentarán las matizaciones que la jurisprudencia ha ido introduciendo para hacer frente a diversas cuestiones que la práctica ha suscitado y, en concreto, se estudiarán las notas de gravedad e irreparabilidad que caracterizan el perjuicio relevante a efectos de tutela cautelar. En efecto, los jueces han delimitado el contenido del perjuicio, acudiendo en ocasiones a referentes extraídos de otros ámbitos (como la responsabilidad), o bien tratando de encontrar la justicia del caso concreto, en ocasiones tan denostada, pero necesaria en este contexto. Pese a tratarse de una materia sumamente casuística, como se ha reiterado en repetidas ocasiones, existe una suerte de

⁸¹⁹ Cfr. P. CALAMANDREI, cit., pp. 44ss. C. MARTÍN-RETORTILLO habla incluso de un “proceso caucional” para referirse al procedimiento de suspensión de actos administrativos, dado que “es un proceso incidental en el que puede, y en la generalidad de los casos debe, establecerse una caución procesal”. Cfr. C. MARTÍN-RETORTILLO, cit., p. 46.

⁸²⁰ P. CALAMANDREI, cit., p. 46.

⁸²¹ Cfr. M. ORTELLS RAMOS, cit., p. 182.

sistemática apreciable tras el análisis de la jurisprudencia. Ello lo prueba el hecho de que la ley ha procedido, las más de las veces, a codificar, total o parcialmente, las soluciones que la práctica ha ido proporcionando a diversos conflictos.⁸²²

Los jueces se muestran generalmente reacios a ofrecer definiciones normativas o máximas generales e inequívocas. Probablemente esta circunstancia no haya de ser objeto de reproches, debido a que la función de los jueces no es la de ofrecer fórmulas mágicas para una pluralidad de supuestos con un vínculo entre ellos, sino la resolución de los casos que han de conocer. Se ha de destacar, no obstante, que dada la función de los altos tribunales, que han de garantizar un mínimo de coherencia en la interpretación de los preceptos fundamentales⁸²³, sí resulta deseable un esfuerzo sistematizador, que garantice una cierta seguridad jurídica.

Este esfuerzo sistematizador existe en cierto modo en las medidas cautelares y se aprecia notablemente en el Derecho comunitario, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del nuevo régimen de tutela cautelar derivado de la ley de la jurisdicción de 1998 y en los autos y sentencias del Consejo de Estado referidas al *référé* tras su modificación en 2001. En estos tres contextos es palpable una cierta vocación

⁸²² Resulta conveniente recordar que gran parte del Derecho, y no sólo las medidas cautelares, es casuístico, en la medida en que los conflictos sociales que surgen y que el Derecho está llamado a resolver varían profundamente los unos de los otros. En este sentido, de la misma manera que otros ámbitos jurídicos, aun a fuer de casuísticos han sido objeto de una regulación completa, las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa habrían de suscitar el interés del legislador, quien debería establecer un régimen mínimamente detallado de la materia. En este sentido, en aquellos ordenamientos en que la legislación procesal civil es supletoria de la contencioso-administrativa, habría de precisarse qué preceptos son aplicables en este último proceso y cuáles no. Los logros de la primera, sin embargo, podrían resultar de una enorme utilidad en la elaboración de un modelo propio.

⁸²³ En el ámbito de las medidas cautelares, el Tribunal Supremo ha incidido en esta apreciación. Así, el ATS de 12 de septiembre de 1995 [Ar. 6693, Ponente: Fernández Montalvo] se refiere a la casación como un *"instrumento procesal de unificación de los instrumentos interpretativos judiciales"* (FJ 1º). Más adelante, en el ATS de 16 de noviembre de 1999 [Ar. 10008, Ponente: Xiol Ríos], afirmará, remitiéndose a jurisprudencia anterior que se remonta a 1996, que el juicio de ponderación *"constituye una cuestión ligada a la recta interpretación de los artículos 122 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y se desenvuelve por ello en el plano normofilático o de depuración del ordenamiento jurídico propio de este recurso especial"* (FJ 5º).

didáctica de las resoluciones, que procuran un panorama sin fisuras groseras de los regímenes de tutela cautelar que han de aplicar.⁸²⁴ Ello se aprecia en el estilo de las resoluciones, a modo de “manual” de una disciplina académica, que remiten a la teoría que subyace a la institución jurídica que aplican. Además, esta jurisprudencia parece inspirada por un cierto espíritu “corrector” de deficiencias, en la medida en que no escatiman una oportunidad para, en su caso, dejando de lado la cuestión planteada por impertinente, proceden a resolver la cuestión subyacente⁸²⁵, o bien aprovechan para aclarar aspectos que hasta la fecha habían manifestado alguna oscuridad. Junto al carácter didáctico de esta jurisprudencia, habría de insistirse en el celo por el detalle, la motivación exhaustiva y la vinculación con la teoría general, actitud que podría explicarse desde el punto de vista de un órgano jurisdiccional que trata de “convencer”, para imponer su visión del Derecho por vía de la razón frente a otros jueces que “compiten” con él. El “mercado jurisdiccional” en Europa no se define por las reglas de la competencia tradicionales, sino que, como se vio en el Capítulo 3, viene determinado por el diálogo, en el cual se inserta esta actitud que venimos comentando.⁸²⁶

⁸²⁴ Esta función “didáctica” recuerda a la ejercida por los Tribunales Constitucionales alemán y español, en un momento histórico de formación de sistemas no sólo jurídicos, sino políticos.

⁸²⁵ Esta apreciación es clara, por ejemplo, en el recurso de casación en España, donde los motivos han de interpretarse con criterios teleológicos y no de una manera excesiva y negativamente formalista. En materia cautelar me remito al ATS de 12 de septiembre de 1995 [Ar. 6693, Ponente: Fernández Montalvo], ya mencionado. En Francia puede ofrecerse como ejemplo el auto (*ordonnance*) de la sección del contencioso del Consejo de Estado, de 28 de febrero de 2001, *M. Casanova* (considerado uno de los autos fundamentales bajo la nueva ley). En este auto el Consejo de Estado zanja los problemas de error en la calificación de la demanda de tutela cautelar. Estos problemas derivaban de la inclusión, junto a la tradicional suspensión de actos administrativos, de la medida cautelar denominada *référé-liberté*, y que opera en los supuestos de vulneración de las libertades públicas. El ámbito de aplicación de ambas se confundía en los supuestos en los que se solicitaba la medida cautelar de suspensión de un acto que vulneraba las libertades públicas.

⁸²⁶ Este diálogo podría relacionarse, además, con una suerte de control público de la actividad de los órganos jurisdiccionales. Estos se legitiman en la medida en que su “discurso” es coherente, coherencia que es controlada por la opinión pública. Cfr. en similares términos, con carácter general, E. SCHMIDT-ASMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Springer, Berlín, 1998, p. 195.

1.- Notas generales sobre el tratamiento del perjuicio en la jurisprudencia: su función en la ponderación de intereses

El perjuicio relevante en sede cautelar no es, por lo general, el ocasionado por el mero transcurso del tiempo, a no ser que dicho transcurso se haya revelado en determinados ámbitos como jurídicamente perjudicial en todo caso.⁸²⁷ Se requieren unas especiales condiciones de gravedad e irreparabilidad que acrediten la existencia de dicho perjuicio y, en segundo lugar, se ha de demostrar su preponderancia frente al perjuicio alegado por la parte contraria en el pleito, o frente a perjuicios susceptibles de ser causados a los diversos intereses en juego. Se aprecia cómo el razonamiento o argumentación que se lleva a cabo en este contexto se desarrolla, cuanto menos, en dos fases claramente identificables.

La primera de ellas, la constatación de la gravedad o irreparabilidad del perjuicio (a cuya constatación contribuye la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*), conlleva la subsunción de los hechos en dicha categoría. Dicha subsunción, lejos de ser sencilla, debido precisamente a las múltiples manifestaciones de la gravedad que pueden existir, presenta sin embargo una estructura clara y remite a un tipo de norma que algunos autores catalogan como “regla” o como “norma” (en sentido estricto)⁸²⁸. La operación realizada por el aplicador del Derecho sería un silogismo de corte clásico, cuyo control, en principio, vendría determinado por las reglas de la lógica. Además, al basarse el Derecho en constataciones empíricas, dicho control abarca también dichas constataciones.

⁸²⁷ En este particular me remito a lo expuesto en el Capítulo 2. Como indicaba entonces, los conflictos en los que el transcurso del tiempo ocasiona automáticamente un perjuicio, requieren un tratamiento procesal específico. La naturaleza de la medida cautelar se pervierte en estos casos, dado que lo necesario es un proceso sumario que permita adoptar una resolución definitiva sobre el fondo en un tiempo especialmente rápido. Este es el caso, paradigmático, de los recursos frente a una prohibición para celebrar una manifestación, a raíz de los cuales se ha desarrollado en algunos ordenamientos jurídicos (especialmente en Alemania) una jurisprudencia particular que, de extender sus efectos a todas las medidas cautelares, terminaría por hacer mella en la naturaleza de estas últimas.

⁸²⁸ A esta cuestión me refiero en el capítulo 9.

La segunda de las fases en las que se desarrolla el razonamiento que lleva a la adopción o no de una medida cautelar es una ponderación de los perjuicios que la resolución judicial acarrearía para los diferentes intereses en juego. Se trata, por tanto, de un tipo de argumentación diferente, determinada por las características de la norma que se ha de aplicar, y que recordaría a los principios en el sentido alexyano del término.

La estructura en dos fases que se acaba de presentar, y que se aprecia en mayor o menor medida en la jurisprudencia de todos los ordenamientos jurídicos que se comparan, requiere, sin embargo, ciertas matizaciones. Así, si bien el juez realiza estas operaciones en un elevado número de supuestos, la distinción entre las fases no resulta demasiado nítida. En ocasiones, no se procede a analizar la concurrencia o no del perjuicio, sino que directamente se procede a ponderar los intereses en juego. Los elementos que se tienen en cuenta para dicha ponderación tampoco responden a un esquema conceptual claro, a pesar de que existen ciertos lugares comunes que ayudan a prever cuál puede ser el tenor de la resolución judicial. A dilucidar estas cuestiones se dedican las líneas que siguen a continuación.

2.- Las características del perjuicio

Las características del perjuicio que justifica la adopción de la medida cautelar varían de ordenamiento en ordenamiento y de unos ámbitos sectoriales a otros. Con carácter general se insiste en que ha de ser un perjuicio "grave" e "irreparable". La pregunta que surge inmediatamente, por tanto, es qué ha de considerarse como grave y como irreparable.

La gravedad del perjuicio se ha de vincular a la discusión sobre la naturaleza de las medidas cautelares. Así, dependiendo de las características del daño que se pueda ocasionar, el instrumento cautelar se encuentra llamado a desempeñar una u otra

función procesal, tal y como se apreciará en el análisis de jurisprudencia que sigue a continuación. En este sentido, CALAMANDREI diferencia dos tipos de perjuicio que indican dos medidas de naturaleza diversa.⁸²⁹

Así, en primer lugar existiría un perjuicio vinculado con el ejercicio o la ejecución del propio derecho reclamado ante el juez, caso de obtener una resolución favorable del mismo. El *perjuicio en el ejercicio* determina que la medida cautelar desempeñe una función preventiva o de aseguramiento, en el sentido clásico que se ha atribuido a estos institutos procesales. En segundo lugar, se encuentra el perjuicio vinculado con la existencia misma del derecho, circunstancia que implica que, de no adoptarse una determinada medida que, de ordinario, afecta a la propia relación subjetiva que subyace al conflicto, dicho derecho perecerá. El *perjuicio en la existencia* determina, en gran número de ocasiones, que el juez haya de adoptar una decisión que prejuzgue el fondo del asunto. Ello indica que, confirmada la dualidad de perjuicios y, con ello, la dualidad de funciones, parece razonable que las reglas que determinan la operatividad de este criterio en uno y otro caso hayan de diferir necesariamente.

A.- El Derecho español

En España, durante la vigencia del sistema derivado del art. 122 de la ley de la jurisdicción de 1956 no constan definiciones dogmáticas sobre el concepto del perjuicio, sino que el juez se remite, sin mayores precisiones, a la fórmula legal de “daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”.

En ausencia de una definición adecuada se identifican ciertos requisitos de carácter general que han de presentar dichos daños. Así, han de ser daños ciertos y reales, debidamente justificados y que guarden un nexo de causalidad con la ejecución

⁸²⁹ P. CALAMANDREI, cit., pp. 55ss.

del acto recurrido.⁸³⁰ Junto a estas características, se ha dicho también que el daño o perjuicio ha de ser material, sin admitirse daños de orden romántico o afectivo.⁸³¹

Además de lo anterior se ha de tener en cuenta la ponderación de intereses, dado que el perjuicio grave e irreparable no sólo ha de analizarse en relación con las pretensiones del recurrente, sino también en lo que respecta al resto de intereses en conflicto. Así, los jueces han considerado relevantes a efectos de la adopción o no de una medida cautelar daños no materiales de especial importancia. Este es el caso, por ejemplo, de los autos adoptados en materia de sanciones disciplinarias a funcionarios, señaladamente si éstos pertenecen a altos órganos del Estado. En estos supuestos se suele denegar la suspensión, aludiendo directa o indirectamente a la “función ejemplificadora” de dichos funcionarios.⁸³² Nótese que en estos casos se trata de una ponderación de perjuicios, siendo el perjuicio causado a las instituciones del Estado el que se encuentra detrás del interés público que el juez, en su caso, habrá estimado. El perjuicio, por tanto, entra en juego tanto en uno como en otro ámbito.

Los daños, por tanto, han de ser debidamente justificados y este uno de los elementos que probablemente presenten mayor importancia en la tutela cautelar, dado que buena parte de las demandas de medidas cautelares se desestiman porque no consta

⁸³⁰ Vid. C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, cit., p. 125. Este autor realiza una sistematización de la primera jurisprudencia derivada del art. 122 LJ de 1956, afirmando de la misma que “*acusa una mejor técnica, habiendo captado perfectamente el sentido de la modernidad y de claro amparo ciudadano que inspira la nueva Ley de esta jurisdicción*” (p. 123). Sobre la acreditación del perjuicio, la jurisprudencia derivada de la Ley de la Jurisdicción de 1888 también exigía que el daño resultara “*probado de un modo cierto y evidente para que pueda ser estimado, puesto que de su existencia y condiciones ha de deducirse su irreparabilidad*”. Apud C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, cit., p. 115, que cita un auto del Tribunal Provincial de Gerona.

⁸³¹ Cfr. C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, cit., p. 76.

⁸³² Se pueden citar, como ejemplo de una jurisprudencia constante, los AATS de 27 de abril de 1999, Ponente: Goded Miranda. En ambos autos se resolvían recursos de sendas sanciones disciplinarias impuestas por el Pleno del CGPJ a miembros del poder judicial, debido a un retraso injustificado en dictar sentencia. Tal y como se afirma en uno de los autos, citando la doctrina sentada en otro del año anterior, “[e]l interés general estriba en la restauración de los valores y principios ínsitos en el buen funcionamiento de las instituciones judiciales”.

la prueba del daño o perjuicio alegado, o bien porque las referencias al mismo son sumamente genéricas.⁸³³ Como muestra puede citarse el ATS de 21 de enero de 1992, que resuelve un recurso de apelación contra un Auto de la Sección Primera de la Audiencia Nacional.⁸³⁴ El origen del conflicto se encuentra en una sanción económica impuesta a una empresa operadora en el mercado de las máquinas recreativas y de azar en un expediente sancionador por infracción administrativa en materia de juego. La recurrente no especifica el tipo de perjuicio que le causa el acto administrativo, al margen del perjuicio general que causa cualquier intervención en el patrimonio particular, sino que se remite a una serie de fianzas que tiene constituidas, por exigencia legal, a favor del Ministerio del Interior. El Tribunal Supremo desestima la pretensión, debido a la ausencia de especificación de los concretos daños y perjuicios que se ocasionarían a la recurrente y afirmando que la mera prestación de caución o fianza, por sí sola, no es susceptible de hacer frente a la regla general de ejecución del acto administrativo, que determina la excepcionalidad de la suspensión.⁸³⁵

El ATS de 25 de enero de 1999⁸³⁶ reitera la doctrina general, afirmando que *“[c]on arreglo a lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, aplicable a la presente pieza separada, la suspensión en vía jurisdiccional de los actos administrativos recurridos requiere que su ejecución pueda ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, lo que, a su vez, comporta que quién lo solicite acredite de alguna forma la posibilidad de que tales consecuencias dañosas se produzcan. No se trata de una prueba plena, pero sí, al menos, de una justificación de la*

⁸³³ Algún pronunciamiento jurisprudencial ha establecido que el daño ha de ser acreditado por los medios establecidos en el art. 1214 del Código Civil. Cfr. ATS de 21 de enero de 1992, Ar. 23.

⁸³⁴ Ar. 23, Ponente: Hernando Santiago.

⁸³⁵ *“La entidad recurrente no aduce que la sanción impuesta le ocasionaría daños o perjuicios de reparación imposible o difícil y consecuentemente no pone de relieve en qué podrían concretarse los posibles perjuicios que la ejecución le ocasionaría y en qué medida aquellos tendrían la naturaleza de difícil o irreparable reparación, como es procedente realizar” (FJ 1º). “El art. 122.2 de la Ley de esta Jurisdicción, exige que como excepción a la regla general de la ejecutividad, deba de ser interpretado restrictivamente, sin que la simple y alegada circunstancia de la existencia de una fianza generalizada pueda comportar, por sí sola motivo suficiente y determinante de la suspensión” (FJ 2º).*

⁸³⁶ Ar. 1495, Ponente: Lescure Martín

*presenta producción de tales daños, así como de su naturaleza y alcance, mediante la alegación de los hechos en que consista la producción de dicho evento dañoso o perjudicial y que aquellos, cuando menos, se prueben indiciariamente, incambiando la carga de su alegación y prueba a la parte recurrente".*⁸³⁷

Más adelante la tónica continúa siendo idéntica. Así, el ATS de 5 de febrero de 2001⁸³⁸ desestima un recurso interpuesto por una empresa que opera en el sector de las telecomunicaciones y el audiovisual frente a la incoación de un expediente sancionador (mediante Acuerdo del Consejo de Ministros) por infracción de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. El fundamento de la desestimación deriva de la ponderación de los intereses en conflicto⁸³⁹, criterio que, excepcionalmente en este supuesto, es valorado en primer y casi exclusivo lugar. Sin embargo, el Tribunal añade que *"tampoco se da argumento con consistencia jurídica suficiente, ni se acreditan en forma alguna tampoco perjuicios derivados del pago de la sanción pecuniaria impuesta, sino la mera referencia a disposiciones legales relativas a otros supuestos, ni se ve tampoco la forma en que con ello se hiciera perder al recurso su finalidad legítima"*.⁸⁴⁰

⁸³⁷ La argumentación sobre el fondo del asunto en este caso podría plantear alguna duda. Se trata de la imposición de una sanción disciplinaria de multa al Presidente de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de San Sebastián por desconsideración con el titular de un órgano jurisdiccional inferior. El recurrente no alega daños y perjuicios de carácter económico, sino vinculados a su pérdida de prestigio profesional. El Tribunal le recuerda que esta es una consecuencia derivada de la propia sanción disciplinaria y que no ha de considerarse consecuencia directa del abono de la multa. Sin embargo, como puede constatarse en ciertos autos, el juez se remite directamente a la finalidad directa del acto administrativo (o disposición general), sin indagar en sus especiales efectos provisionales, cuando la adecuación de la sanción al ordenamiento jurídico aún no ha sido constatada. Además, el Tribunal está diferenciando la imposición de la sanción y el abono de la multa, cuando parece que ambos se encuentran inescindiblemente unidos.

⁸³⁸ Ar. 1398, Ponente: Trujillo Mamely.

⁸³⁹ *"Es, pues, la ponderación entre el interés privado de la recurrente y ese interés público del servicio de la telecomunicación - que es, en definitiva, también un bien escaso -, sin anomalías ni interferencias, el que ha de valorarse, y no parece, en estos términos, haber duda en ese extremo, en el sentido de protección de ese interés público, razón, en la que se insiste, que es la prevalente en el caso de autos"* (FJ 5º).

⁸⁴⁰ Fundamento Jurídico 7º.

La prueba y el nexo de causalidad entre la medida y el acto administrativo impugnado se encuentran relacionados, ya que en definitiva remiten a un cierto celo del demandante en la formulación de su petición. El nexo de causalidad, que C. MARTÍN-RETORTILLO califica de “*quid*” en la apreciación del perjuicio, se vincula, además, con el criterio de utilidad de la medida. Así, el daño ha de ser derivado causalmente del acto administrativo y la medida que sobre el mismo se adopte ha de ser útil para evitar dicho perjuicio. Dicha utilidad probablemente habrá de ser apreciada en función del nexo causal y sería la concreción de la “pérdida de la finalidad legítima del recurso” que menciona la ley de la jurisdicción de 1998.

B.- El Derecho francés

Ha sido el propio Consejo de Estado desde sus primeras resoluciones en aplicación de la nueva ley quien, en ausencia de concreción legal, ha elaborado una dogmática sobre la urgencia. Así, en el importante asunto *Préfet des Alpes-Maritimes/Société Sud-Est Assainissement*, de 28 de febrero de 2001, en el contexto de la suspensión de actos administrativos, se consideró que la urgencia justifica la suspensión, siempre que la ejecución del acto pueda perjudicar de modo grave e inmediato un interés público, la situación del demandante o los intereses que éste defiende.⁸⁴¹ Se introduce, además, el novedoso concepto de *apreciación objetiva de la urgencia*, que indica, en realidad, la ponderación de intereses que el juez está llamado a realizar en sede cautelar. La apreciación objetiva de la urgencia exige que el juez tenga en cuenta los argumentos esgrimidos por todas las partes interesadas en el conflicto y no exclusivamente por el demandante. Se trata, en definitiva, de un ejercicio de

⁸⁴¹ V. tercer Considerando: “*Considerando que la urgencia justifica que se acuerde la suspensión de un acto administrativo si la ejecución del mismo perjudica, de manera suficientemente grave e inmediata, a un interés público, a la situación del demandante o a los intereses que éste trata de defender; que es competencia del juez de référés el apreciar concretamente, teniendo en cuenta los argumentos aportados por el demandante, si los efectos del acto litigioso permiten caracterizar una urgencia que justifica que, sin esperar el pronunciamiento de la sentencia de fondo, se suspenda la ejecución del acto; que es también su competencia, toda vez que la urgencia se aprecia objetivamente y teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias de cada caso, mostrar en su resolución todos los elementos que, en función especialmente de la argumentación de las partes, le han llevado a considerar que la suspensión solicitada revestía el carácter de urgencia*”

argumentación determinado por la rapidez del instrumento procesal concreto (medidas cautelares), en el que rige el principio contradictorio. La garantía en este contexto viene dada por la claridad de la argumentación, manifestada, como no podía ser de otra manera, en la motivación. Así, continúa Seban, *"nada se opone (...) a que el juez motive su resolución de manera relativamente desarrollada en lo que concierne a la urgencia. Nos resulta difícil imaginar una urgencia tan grande que no permita encontrar el tiempo de justificarla en dos o tres líneas. Esta motivación resulta todavía más necesaria (...), dado que el cuidado que el juez empleará en su apreciación equilibrada de la urgencia le servirá para asentar su legitimidad. Nos parece necesaria no sólo en los supuestos en los que el juez admite la urgencia, sino también en los que la rechaza"*.⁸⁴²

C.- El Derecho alemán

En lo que a Alemania se refiere, el debate se ha centrado, como se ha indicado en reiteradas ocasiones, en la ponderación de intereses. Recordando la estructura bifásica del análisis del perjuicio que se mencionaba más arriba, la primera de las fases, la dotación de contenido preciso al *periculum in mora*, no ha sido objeto de un desarrollo tan detallado como el que ha tenido lugar en otros contextos. Ello ha acaecido en ámbitos sectoriales concretos, tal y como se indica en el epígrafe 3 del presente apartado II. De ordinario ha primado la segunda fase del análisis del perjuicio, esto es, la determinación de la prevalencia de unos perjuicios frente a otros, prevalencia que se centra en el concepto de interés y, por esta razón, me remito a lo expuesto en el capítulo 9.

D.- El Derecho comunitario

En Derecho comunitario el elemento esencial es la inmediatez o inminencia del perjuicio.⁸⁴³ Por las peculiaridades de este procedimiento sólo interesa en esta sede el perjuicio que haya de manifestar sus efectos antes del momento en que se dicte la

⁸⁴² Un comentario extenso a estas conclusiones, así como a la correspondiente resolución del Consejo de Estado se incluye en el capítulo 9.

⁸⁴³ Esta es la denominada "urgencia en sentido estricto".

sentencia sobre el fondo del asunto.⁸⁴⁴ No se considera que existe inminencia en los supuestos en que el acto ya ha sido ejecutado, o en las ocasiones en que la institución comunitaria se comprometa a no ejecutar el acto en cuestión en tanto en cuanto el Tribunal no se pronuncie respecto a su legalidad.⁸⁴⁵ En la apreciación de la urgencia puede afectar también el momento procesal en que se adopten las medidas. Es cierto que en principio se pueden solicitar en cualquier estadio del procedimiento. Sin embargo, si se pudieron haber planteado desde el principio y el demandante no lo hizo, esta (in)actividad puede incidir negativamente en la urgencia.⁸⁴⁶

El perjuicio alegado, sea material o moral,⁸⁴⁷ ha de ser grave e irreparable⁸⁴⁸, además de racionalmente posible⁸⁴⁹ y debe afectar exclusivamente a quien solicita la medida. Aunque en los primeros momentos de actividad del Tribunal algún auto pudo hacer pensar que las medidas cautelares podían solicitarse alegando un perjuicio para terceros, la posterior evolución de la jurisprudencia ha eliminado tal posibilidad.⁸⁵⁰ Sí es posible, sin embargo, que los Estados Miembros soliciten medidas cautelares para evitar

⁸⁴⁴ Es por esto por lo que el Tribunal siempre ha relacionado el criterio de la urgencia con el principio de necesidad. En este sentido, interpreta el Tribunal, "*el carácter urgente de una demanda cautelar debe apreciarse en relación con la necesidad que exista de pronunciarse provisionalmente a fin de evitar que se ocasione a la parte que solicita la medida provisional un perjuicio grave e irreparable*". Cfr. auto de 9 de julio de 1986, as. 119/86 R, Reino de España c. Consejo y Comisión, Rec. 1986, pp. 2241ss.

⁸⁴⁵ B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, cit., pp. 93-94.

⁸⁴⁶ V. auto de 21 de diciembre de 1976, as. 61/76 R, *Geist c. Comisión*, Rec. 1976, pp. 2075ss.

⁸⁴⁷ Conclusiones del Abogado General CAPOTORTI en los as.ac. 24/80 R y 97/80 R, *Comisión c. Francia*, Rec. 1980, pp. 1334ss.

⁸⁴⁸ Sobre la evolución de la jurisprudencia en la consideración de este principio, v. B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, cit., pp. 96ss.

⁸⁴⁹ G. VANDERSANDEN/A. BARAV, cit., pp. 442ss. hablan de un perjuicio cierto y serio. Sin embargo, otros autores que escriben con posterioridad ponen de manifiesto cómo el Tribunal considera que puede ser válida la alegación de una probabilidad razonable de su acaecimiento. B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, cit., p. 92.

⁸⁵⁰ G. VANDERSANDEN/ A. BARAV, cit., p. 443.

perjuicios a un sector de la industria o categoría de sus productores⁸⁵¹. También es posible que las instituciones comunitarias aleguen perjuicios a terceros (nacionales de Estados no parte en el conflicto, nacionales de Estados parte en el conflicto), además del perjuicio al propio interés comunitario.⁸⁵²

En fin, se ha de hacer notar que el Tribunal no considera que el daño económico sea un daño irreparable, más que en circunstancias excepcionales⁸⁵³. Ello podría comportar consecuencias negativas para el derecho a una tutela judicial efectiva. Además, el Tribunal pondera los intereses en presencia, disponiendo para ello de un gran poder de apreciación.⁸⁵⁴ Esta apreciación incluye, además, el análisis de la relación entre la medida solicitada y el perjuicio que pueda sufrir la parte en sus derechos o intereses. La relación ha de mostrar una adecuación entre una y otra,⁸⁵⁵ circunstancia que indica un cierto vínculo con el principio de proporcionalidad.

3.- Distinción según ámbitos materiales e intereses implicados. El Derecho ambiental

Los ámbitos en los que un determinado interés o constelación de intereses son considerados prevalentes varían de unos ordenamientos a otros, si bien en todos se constatan algunos elementos comunes. Las diferencias reflejan, en ocasiones, ciertos

⁸⁵¹ Auto de 28 de agosto de 1978, as. 166/78 R, República Italiana c. Consejo, Rec. 1978, pp. 1745ss.

⁸⁵² Autos de 13 de julio de 1977, as. 61/77 R II, Comisión c. República de Irlanda, Rec. 1977, pp. 1411ss. y de 25 de octubre de 1985, as. 293/85 R, Comisión c. Reino de Bélgica, Rec. 1985, pp. 3521ss.

⁸⁵³ V. auto de 18 de octubre de 1991, C-213/91R, *Abertal y otros c. Commission*, Rec. 1991, p. I-5109, par. 24, como muestra de una jurisprudencia constante.

⁸⁵⁴ Vid. auto de 11 de abril de 2002, *NDC Health Corporation/NDC Health GmbH & Co. KG c. IMS Health Inc./Comisión/AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services*, C-481/01 P(R), par. 63, Rec. 2002, p. I-3401.

⁸⁵⁵ V. auto de 27 de febrero de 2002, *Commerzbank AG c. Comisión*, C-480/01 P (R), Rec. 2002, p. I-2129.

problemas específicos derivados del especial panorama político que caracteriza cada uno de los sistemas.

Se puede destacar, a título de ejemplo, la abrumadora jurisprudencia existente en Alemania relativa al establecimiento de *numerus clausus* para el acceso a determinados estudios universitarios.⁸⁵⁶ Las resoluciones afectan tanto a la entrada en funcionamiento de un sistema de estas características⁸⁵⁷, como a su efectiva aplicación cada año académico⁸⁵⁸. Se trata de un ámbito material que en otros ordenamientos se encuentra presente sólo en determinados supuestos de especial relevancia y que probablemente guarde relación con una cuestión de carácter más general, cual es el propio acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, en Derecho francés, pudiera entenderse que el carácter tradicionalmente objetivo del contencioso impediría en ciertos casos el conocimiento de este tipo de asuntos, si bien es cierto que en ocasiones el juez francés ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones similares. La impronta de este ámbito material del Derecho en la tutela cautelar en Alemania no se ha de considerar

⁸⁵⁶ SCHÖCH dedica un apartado específico en su monografía a estas cuestiones. Cfr. F. SCHÖCH, cit., pp. 756ss. Sobre esta cuestión, relacionado con el Derecho español, v. E. MOREU CARBONELL, *El examen en el nuevo sistema educativo español: régimen jurídico de los exámenes académicos*, Comares, Granada, 2003.

⁸⁵⁷ Cfr. a título de ejemplo la resolución del Tribunal Administrativo Federal de 3 de mayo de 1988 (se cita esta resolución por ser representativa del tipo de conflictos que se pueden plantear en este contexto, pero se advierte que el tipo de tutela cautelar que se solicita en la misma presenta unas características singulares, debido al tipo de procedimiento de que se trata, y que difiere en ciertos aspectos del régimen ordinario que se presenta, con carácter general, en el presente trabajo). El supuesto de hecho se deriva del establecimiento de un sistema de *numerus clausus* para el acceso a los estudios universitarios de Ciencias Empresariales en las Universidades sitas en la ciudad libre y hanseática de Hamburgo. En Alemania la educación es competencia de los *Länder*, que se reúnen en una suerte de "conferencia permanente" para adoptar líneas comunes de actuación en este ámbito. En el caso de autos existe un acuerdo previo de todos los *Länder*, plasmado en un convenio administrativo (la propia naturaleza jurídica de este acto jurídico se discute en la sentencia) a efectos de permitir el establecimiento de *numerus clausus* en determinadas circunstancias consideradas de excepción. El objeto del recurso es la decisión de la ciudad de Hamburgo de establecer dicho sistema de *numerus clausus*, dado que, se sostiene, no es acorde con los términos del convenio. El Tribunal Administrativo Federal roza el prejuicio del fondo, toda vez que, en la apreciación del *fumus*, procede a analizar los particulares que justificarían la existencia del derecho controvertido.

⁸⁵⁸ Este es uno de los supuestos tipo para vencer los efectos de la prohibición de prejuzgar el fondo del asunto.

como un dato meramente anecdótico. De sus especiales características se han deducido unas no menos especiales reglas que afectan, singularmente, a la prohibición del perjuicio sobre el fondo del asunto. Si bien los jueces han establecido dichas reglas para resolver los problemas específicos planteados en este ámbito, existe el peligro de extrapolar dicha doctrina a otras esferas en las que, quizás, podría no ser susceptible de aplicación sin que el conjunto del sistema sufriera ciertas "irritaciones".⁸⁵⁹

Realizada la anterior observación, se presentarán a continuación las especialidades que, en lo que respecta al perjuicio, presentan un ámbito material de especial relevancia: el medio ambiente.

A.- Intereses ambientales

El medio ambiente constituye uno de los ejemplos claros en los que la jurisprudencia suele inclinar la balanza de la ponderación a su favor⁸⁶⁰, incluso en contextos de contenido marcadamente económico como es el de la Comunidad Europea. Con carácter general, el Tribunal de Justicia se ha mostrado especialmente activo en materia ambiental, pudiendo sostenerse hoy en día que "*la protección del medio ambiente es uno de los objetivos esenciales de la Comunidad y una exigencia imperativa del Derecho comunitario*".⁸⁶¹ Ello es claro desde el punto de vista de la irreparabilidad del perjuicio y,

⁸⁵⁹ En el sentido de las teorías de TEUBNER sobre los "irritantes legales" (*legal irritants*), categoría aplicable en el ámbito de la comparación de instituciones pertenecientes a diversos ordenamientos, pero que podría encontrar cabida, además, en el seno de un mismo ordenamiento en referencia a las importaciones de un sector a otro. Cfr. G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, *The Modern Law Review*, 61, pp. 11ss.

⁸⁶⁰ Así, a título de ejemplo, véase el ATS de 7 de noviembre de 1995 [Ar. 8134, Ponente: Mateos García]. En este supuesto, la pretensión de suspensión se desestima, dado que el recurrente no ha conseguido probar el perjuicio de reparación imposible o difícil que le pueda acarrear el acto impugnado (sumisión de una zona a un régimen de protección preventiva). El interés general, en cambio, sí se ha probado: un interés general que no es el propio de todo acto administrativo, sino que se manifiesta en una necesidad concreta de proteger el ambiente.

⁸⁶¹ Cfr. M. CASTILLO DAUDÍ, *La aportación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la política comunitaria del medio ambiente*, en M. PÉREZ GONZÁLEZ y otros (dirs.), "Hacia un nuevo orden

en este sentido, el Tribunal de Justicia ha vinculado el interés ambiental al derecho a la vida.⁸⁶²

No obstante lo anterior, el medio ambiente no puede ser priorizado en abstracto, de manera que los jueces habrán de analizar su compatibilidad con otros bienes, intereses, principios u objetivos que puedan verse afectados por su aplicación. Para ello se somete, en expresión de algún autor, a un “juicio de proporcionalidad”⁸⁶³, que no es, en puridad, sino el juicio de ponderación al que ya se ha aludido.

En ocasiones, el interés ambiental no es prevalente, debido a que no se ha conseguido probar la urgencia que requiere la adopción de una medida cautelar. Ello comporta una serie de consecuencias de naturaleza procesal, que indican una vez más que la ponderación de intereses es una expresión compleja que requiere de un desarrollo normativo claro donde consten los requisitos procedimentales, tanto de las partes como del juez, necesarios para un adecuado desarrollo de este tipo de procedimientos. Entre dichas normas procedimentales se ha encontrado, entiendo, la regulación del estatuto de los terceros afectados por una decisión administrativa en materia ambiental, que establezca claramente cómo pueden acceder al proceso cautelar y de qué forma el juez ha de considerar procesalmente sus pretensiones.

internacional y europeo: estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco”, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 827ss. [p. 831]. En similares términos, aplicados al Derecho español, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en el auto de 11 de mayo de 1989, apud C. J. MARTÍN SÁNCHEZ, *Las medidas cautelares y el medio ambiente*, Aranzadi Administrativo, n. 24, 2001, pp. 1ss. [p. 3]. En Francia, J.-M. FÉVRIER constata que la preocupación por el medio ambiente se encuentra presente en la jurisprudencia y que el juez es sensible a los daños ecológicos, algo que suele ser puesto de relieve en las resoluciones que acuerdan la suspensión. Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit., p. 374.

⁸⁶² Este argumento no es excepcional en la jurisprudencia sobre medidas cautelares. En este sentido también se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en un auto de suspensión de 11 de mayo de 1989 [Ar. 3867, Ponente: González Navarro], afirmando que “este Tribunal está corrimado constitucionalmente a velar por ese medio ambiente, lo que supone velar también por la salud” (FJ 5º). Véase igualmente ATS de 16 de octubre de 1990 [Ar. 8247, Ponente: González Navarro], FJ 3º.

⁸⁶³ Cfr. M. CASTILLO DAUDÍ, cit., p. 831.

Una dificultad añadida en la evaluación de la urgencia o el perjuicio en esta materia se encuentra en la compleja cadena causal que tiene lugar en este ámbito, según la cual un perjuicio en un ámbito concreto del medio ambiente puede tener repercusión sobre múltiples esferas. Algún autor ha propuesto que todos estos efectos sean tenidos en cuenta por el juez encargado de conocer de pretensiones cautelares al respecto.⁸⁶⁴ Sin embargo, si bien se trata de una perspectiva que el juez indudablemente ha de tener en consideración, entiendo que el juicio cautelar no es la sede adecuada para este tipo de indagaciones analizadas en profundidad. Esta cuestión se tratará debidamente en el apartado correspondiente al grado de análisis.

B.- Interés ambiental como interés público prevalente

El carácter prevalente del interés ambiental se pone de manifiesto, antes incluso de la actividad judicial, en la propia normativa. Ello deriva, en primer lugar, de la elevación del medio ambiente a interés público de mayor rango, circunstancia que se plasma en algunos textos constitucionales de los ordenamientos comparados⁸⁶⁵, así como en ciertos pronunciamientos jurisprudenciales de que se dio cuenta en el epígrafe anterior.

La recepción de un cambio de estas características ha sido diferente en las doctrinas nacionales y comunitaria. Así, en Francia, en referencia al paradigmático ejemplo de la suspensión en ausencia de estudio de impacto ambiental, la doctrina ha constatado la continuidad de la situación con respecto a la anterior.⁸⁶⁶ De un lado, la ejecutividad de los actos administrativos y la ausencia de efecto suspensivo no se ve

⁸⁶⁴ Cfr. C. J. MARTÍN SÁNCHEZ, cit., p. 2.

⁸⁶⁵ En especial, cfr. art. 45 CE. En Derecho Comunitario, arts. 174-176 TCE (ex-arts. 130R-130T). En Francia no existe un reconocimiento constitucional, pero su vinculación con el concepto de "interés general" ha sido constatado por la doctrina a raíz de las sucesivas reformas legislativas en este sentido. Cfr. J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, Que sais-je?, PUF, 1987, p. 10.

⁸⁶⁶ J.-M. FÉVRIER, cit., p. 375.

afectada con carácter general, dado que el régimen es específico para el contexto en el que se ha creado. De otro, el concepto de interés general no varía. En efecto, el juez no habría de ponderar diversos intereses generales en conflicto, dado que dicha ponderación ha sido ya realizada por el legislador, quien ha optado por preterir uno en detrimento del otro. Además, no podría hablarse en puridad de un conflicto entre un interés privado y otro público, cual es el ambiental, en la medida en que, de estimarse que el primero es prevalente, lo será en la medida en que esté anudado a un interés general, que en este contexto también se derivará del interés general ambiental.⁸⁶⁷

En Alemania, la doctrina prescinde de comentarios generales en torno a la consideración del interés ambiental como interés público y a su prevalencia frente a otros intereses. De ordinario, se procede a analizar la prolija normativa ambiental, diseccionando cada una de las fases procedimentales y la problemática que en cada una de ellas puede surgir. En lo que respecta a la tutela judicial en estas cuestiones, y más en concreto a la tutela cautelar, se ha constatado que los recursos en los que se hacen valer intereses ambientales son mínimos y que, de ordinario, la suspensión automática no entra en funcionamiento, dado que se suele ordenar la ejecución según el art. 80.4 VwGO.⁸⁶⁸ Además, los diferentes regímenes de tutela cautelar en Alemania se acercan en este banco de pruebas.⁸⁶⁹

Los ordenamientos nacionales han debido incorporar por imperativo comunitario un requisito procedimental, la Evaluación de Impacto Ambiental en la realización de determinadas obras y proyectos públicos⁸⁷⁰, que genera un sistema

⁸⁶⁷ Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit., p. 375: *“El particular que busca proteger sus propios intereses se beneficia de un procedimiento de suspensión más eficaz en la medida en que sirve al interés general”*.

⁸⁶⁸ Cfr. F. SCHOCH, cit., pp. 197ss.

⁸⁶⁹ Cfr. F. SCHOCH, cit., p. 201.

⁸⁷⁰ Dada la ubicación de la Evaluación de Impacto Ambiental en la realización de obras y proyectos públicos, en Alemania la exposición de este régimen especial, que en otros ordenamientos conlleva prolijas explicaciones, se remite al Derecho general de la planificación, al margen de ciertas

propio de tutela cautelar. En ausencia de dicho estudio se produce la suspensión automática del acto impugnado, sistema que ha suscitado el interés de la doctrina en todos los ordenamientos jurídicos objeto de la presente comparación.⁸⁷¹ Por esta razón, y en la medida en que el régimen, en principio, no parece plantear dudas a efectos de la presente investigación, me limitaré a dejar constancia del mismo.

Ello no obstante, se ha de indicar que, pese a la aparente claridad de dicho sistema, se pueden plantear ciertos interrogantes, en los supuestos de existencia efectiva de estudio de impacto, pero contenido incompleto, o bien en aquellos casos en que la característica de la obra a emprender no sea fácilmente subsumible en las categorías previstas por la directiva y la normativa nacional de transposición. Además, dado que la normativa sólo prevé la suspensión como medida cautelar, cabe preguntarse qué actitud adoptarán los jueces en la apreciación de las condiciones de adopción de medidas cautelares distintas de la suspensión. Es posible que, debido a una suerte de ósmosis, y si se constata un paralelismo funcional entre la medida cautelar solicitada y la suspensión, el juez sea especialmente generoso con la pretensión del demandante.

especialidades a las que no se otorga especial trascendencia. Cfr. K. FINKELNBURG/ K.P JANK, cit., p. 527.

⁸⁷¹ Así, y en lo que respecta a España, véanse los trabajos de J. JORDANO FRAGA, *Obras públicas y medio ambiente. La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*, en "XI Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo (Barcelona-Girona, septiembre de 1996)", Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 409ss.; del mismo autor, *El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*, RAP 145 (1998), pp. 169ss. En Francia puede verse R. BABADJL, *Le sursis à exécution pour absence d'étude d'impact*, RJE 3 (1992), pp. 313ss.; R. HANICOTTE, *Les sursis à exécution: point névralgique de la protection de l'environnement*, RDP 6 (1995), pp. 1582ss. En Alemania me remito al trabajo de K.-H. LADEUR/ R. PRELLE, *Judicial Control of Administrative Procedural Mistakes in Germany: A Comparative European View of Environmental Impact Assessments*, en K.-H. LADEUR (dir.), *"The Europeanisation of Administrative Law. Transforming national decision-making procedures"*, Ashgate, Aldershot, 2002, pp. 112ss.

C.- No prevalencia por ausencia de *periculum in mora*

En determinados supuestos, sin embargo, el juez ha entendido que, si bien en principio podría apreciarse la existencia de un interés ambiental prevalente, y aun insistiendo en su mayor importancia frente a meros intereses económicos, no existe la urgencia que requiere la adopción de una medida cautelar, debido a la concurrencia de determinadas circunstancias.

Este es el caso, por ejemplo, en el Derecho comunitario, del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de agosto de 1989.⁸⁷² La Comisión había interpuesto un recurso de omisión (art. 169 TCE, ahora art. 226) frente a la República Federal de Alemania, debido a que, entendía la primera, vulneraba una directiva comunitaria de protección de aves silvestres⁸⁷³ y, en concreto, una previsión normativa referida a las obras realizadas en zonas de protección especial donde se situaba el hábitat de dichas aves. En la zona de "Leybucht" situada en el *Land* de la Baja Sajonia, que había sido declarada zona de protección especial por el Gobierno alemán, se estaba construyendo un dique en defensa del litoral y, con ello de la vida humana, cuyo inicio tuvo lugar en el año 1986.

La Comisión solicita la suspensión de las obras, en la medida en que atentan contra el derecho al medio ambiente, que se vincula al derecho a la vida. El Tribunal de

⁸⁷² As. C-57/89R, *Comisión c. Alemania*, Rec. 1989, p. 02849.

⁸⁷³ Es la Directiva 79/409 CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. Esta directiva fue la primera en suscitar la actuación directa del Tribunal de Justicia en materia ambiental tras la aprobación del Acta Única (8 de julio de 1987), dado que hasta entonces se había pronunciado al respecto, pero sólo de forma colateral en contextos diferentes. Cfr. M. CASTILLO DAUDÍ, cit., p. 827. La autora constata, además, que desde el primer pronunciamiento explícito hasta la fecha en la que escribe, sólo en una ocasión, precisamente en el asunto de fondo correspondiente a la demanda de suspensión reseñada en las líneas principales a esta nota, el Tribunal no estimó las pretensiones de la Comisión. Cfr. p. 828.

Justicia no discrepa, en principio, de esta afirmación general. Por esta razón, afirma, de lo que se trata esencialmente en este caso es de analizar el criterio de la urgencia, del *periculum in mora* (par. 16). Uno de los elementos esenciales para denegar la concurrencia de la urgencia es el propio comportamiento del demandante, en este caso la Comisión. En efecto, la Comisión conocía estos hechos desde 1984, tal y como consta en ciertas denuncias de grupos ambientalistas que se le hicieron llegar. Hasta la fecha en la que el Tribunal es llamado a pronunciarse, dos tercios de las obras habían sido ya realizadas. En este sentido, la suspensión sólo podrá acordarse si se prueba que la urgencia manifestada en el perjuicio susceptible de ser irrogado a las aves protegidas por la directiva que tienen su hábitat en la zona se va a manifestar especialmente en esta última etapa de la construcción del dique. El Tribunal de Justicia estudia entonces las condiciones ambientales y la repercusión que la obra puede tener para las mismas. Así, constata que ya antes del inicio de la construcción del dique se había verificado una importante disminución de la población de este tipo de aves en la zona. De otro lado, la Comisión no ha probado que la obra emprendida en la zona vaya a perjudicar a las aves protegidas, dado que, además, parece ser que con ello se pretende, entre otras cosas, disminuir el tráfico acuático de placer.⁸⁷⁴

Al margen de las peculiaridades propias de la materia y del caso concreto, pueden extraerse dos conclusiones a efectos de valoración de la urgencia. De un lado, el Tribunal ha de analizar el comportamiento del demandante. Una demanda tardía de medidas cautelares, siempre que ésta no este injustificada, juega en detrimento de la estimación de la misma. En segundo lugar, siempre en el ámbito de los principios o las garantías procedimentales, se exige la prueba del perjuicio por quien lo alegue.

⁸⁷⁴ El Tribunal confirmará estas apreciaciones en su resolución sobre el fondo. Cfr. sentencia de 28 de febrero de 1991, *Comisión c. Alemania*, C-57/89, Rec. 1991, p. I-00883.

D.- No prevalencia por ausencia de representatividad

En algún supuesto se ha señalado la no prevalencia del interés ambiental debido a su posición más débil con respecto a otros intereses. Sin embargo, las razones que obedecen a resoluciones desestimatorias de la medida cautelar en estos supuestos suelen presentar un cariz un tanto diferente. Por ejemplo, en España, el ATS de 2 de octubre de 1990, citado por JORDANO FRAGA como un ejemplo de ausencia de prevalencia del interés ambiental⁸⁷⁵, entiendo no resuelve adecuadamente la cuestión. Así, el Tribunal no estima que exista un interés que prevalezca sobre el medio ambiente, sino que achaca una falta de “representatividad” de los particulares con respecto a dicho interés. Por ello, el Tribunal afirma que *“los actores [...] no pueden invocar en su provecho para tratar de obtener la suspensión los intereses generales que aducen (afectaciones al medio natural, a la estructura del pueblo, a su medio ambiente, a la agricultura establecida, etc), dado que la preservación, tutela y salvaguarda de esos intereses colectivos compete precisamente a la Corporación Municipal”*.⁸⁷⁶ Esta constatación, llevada al límite, impediría la apreciación del interés ambiental en todos los supuestos en los que un particular lo alegue en su recurso de impugnación de un acto administrativo, toda vez que las Administraciones Públicas tienen la obligación de actuar en función del interés general, entre los que se encuentra indudablemente el interés ambiental.

E.- Concurrencia de intereses ambientales

En ocasiones se puede producir una concurrencia de intereses ambientales, esto es, que tanto detrás de la ejecución del acto como de su suspensión se encuentre un interés ambiental que haya de ser protegido. En estos supuestos, se ha constatado cómo el juez tiende a aplicar principios generales de la tutela cautelar, como es el carácter

⁸⁷⁵ Ar. 7884, Ponente: Bruguera Mante; cfr. J. JORDANO FRAGA, *El proceso...*, cit., p. 187.

⁸⁷⁶ Fundamento Jurídico 2º. El subrayado es mío.

excepcional de la suspensión.⁸⁷⁷ Sin embargo, entiendo que un adecuado tratamiento de la materia exige un análisis casuístico, dado que también los intereses ambientales, dentro de su prevalencia frente a otros intereses públicos, pueden ser jerarquizados. En el supuesto de autos, el problema parece radicar en una cuestión de prueba, dado que una misma medida se considera por una parte perjudicial y por otra beneficiosa para el mismo bien jurídico (un acuífero subterráneo del que se extrae agua).

F.- Grado de análisis

La materia ambiental presenta múltiples interrogantes en lo relativo a la constatación del daño ambiental y, especialmente, al nexo de causalidad entre la fuente y el daño efectivo. Dichos interrogantes se acentúan en la fase cautelar, dado que el juez no dispone de todos los elementos necesarios para elaborar un juicio definitivo y, por ello, la incertidumbre aumenta. De otro lado, debido a la relevancia de un interés como el ambiental, respecto del cual se pueden ocasionar perjuicios a esferas vitales de forma irreparable, el juez se comporta, si cabe, de modo más cauteloso.

Esta es la razón por la cual en ciertos ordenamientos muchas resoluciones cautelares en estos ámbitos surgen después de una minuciosa evaluación de todos los aspectos vinculados al asunto, alcanzando prácticamente el nivel de examen necesario para adoptar una resolución definitiva. Así, por ejemplo, en Alemania se ha constatado este fenómeno en los procesos sobre proyectos que pudieran eventualmente afectar al medio ambiente y que, de ser suspendidos, no podrían ser reparados o lo serían de manera desproporcionada.⁸⁷⁸ Estos son algunos de los casos en los que el juez,

⁸⁷⁷ JORDANO FRAGA se ha referido en este contexto a los "diez mandamientos de la tutela cautelar", citando como ejemplo de intereses ambientales enfrentados y aplicación de la regla mencionada el ATS de 26 de julio de 1988 [Ponente: Barrio Iglesias]. Cfr. J. JORDANO FRAGA, *El proceso...*, cit., pp. 188-189.

⁸⁷⁸ Cfr. F. SCHÖCH, cit., pp. 230ss., que cita el asunto *Reynolds* (OVG Hamburgo, DVBl 1975, pp. 207ss.), considerado faro guía en este contexto y al que se remiten las resoluciones posteriores de otros tribunales alemanes.

extraordinariamente, conoce del *fumus* de forma directa y, prescindiendo de la “apariencia” valora, sobre una base provisional pero mediante un intenso análisis, las perspectivas de éxito de la demanda principal.⁸⁷⁹

Sin embargo, estas alusiones al Derecho alemán no creo que puedan ser extrapolables a otros ordenamientos debido, fundamentalmente, a que, pese a referirse al medio ambiente, su ámbito de aplicación es más concreto. En efecto, se trata de cuestiones relacionadas con el Derecho nuclear y las emisiones de las instalaciones industriales (en los grandes proyectos). Dado que son supuestos bastante alejados de la actividad cotidiana del ciudadano medio, entiendo que la jurisprudencia desarrollada al respecto ha de ser considerada privativa de estos contextos. Se ha de añadir que, pesar de que la resolución citada provenga de un Tribunal Administrativo Superior y no de un Tribunal Supremo, este tipo de “grandes cuestiones” suele ser competencia del Tribunal Administrativo Federal. Además, en la medida en que se hace hincapié en la apariencia de buen derecho de las pretensiones de las partes, la extensión de los autos suele ser considerable, toda vez que, de manera provisional, se repasan los argumentos jurídicos de las partes. Por esta razón, si con carácter general el análisis de la cuestión debatida que realiza el juez alemán en la fase cautelar es prolijo, en los supuestos materiales especialmente complejos, dicho análisis será aún más profundo, sin que haya de ser considerado extraordinario en este contexto normativo y jurisprudencial que se ha presentado.

A diferencia del juez alemán, los jueces español y francés resuelven tradicionalmente con un cierto automatismo, algo que no ha de considerarse negativo en esta fase del procedimiento. Los autos han sido durante largo tiempo de una extensión más reducida que los alemanes y se centran, por lo general, en el concepto de perjuicio que, insisto, es apreciado de manera un tanto automática, favorable al interés ambiental, tal y como se deduce de la jurisprudencia analizada con anterioridad. Ello ha

⁸⁷⁹ Cfr. F. SCHOCH, cit., p. 231.

de ser matizado con una precisión ya realizada previamente, a saber: el talante didáctico que han adoptado los jueces de la urgencia en España y Francia a raíz de la entrada en vigor de los nuevos regímenes de tutela cautelar, y que se aprecia no sólo en los autos que aplican la nueva normativa, sino también en aquéllos que responden a cuestiones planteadas con anterioridad, pero que son resueltos en un tiempo en el que ya funciona el nuevo sistema.

El automatismo es claro en los supuestos en que los estándares de protección son nítidos y se anudan a tablas numéricas. Este es el caso, por ejemplo, del ATS de 11 de mayo de 1989⁸⁸⁰, referido a la suspensión de licencias de obras, apertura y funcionamiento otorgadas a una discoteca. Medido el número de decibelios que alcanza el ruido producido en dicha discoteca, el TS restablece la suspensión de las licencias, suspensión que había sido previamente alzada en la instancia, debido a que se superaba el nivel tolerado por las Ordenanzas Municipales.⁸⁸¹ Este auto, sin embargo, es un tanto atípico, por cuanto no entra a valorar el perjuicio: se afirma que, en abstracto, ambas partes representan intereses *particulares*⁸⁸² opuestos pero igualmente defendibles desde el punto de vista individual. La decisión adoptada, al margen de las valoraciones genéricas sobre el medio ambiente, se fundamenta directamente en el respecto de la legalidad por parte de quienes se encargan de la discoteca. Con ello, el juez estaría prejuzgando por completo la cuestión debatida en el proceso principal.

⁸⁸⁰ Ar. 3867, Ponente: González Navarro.

⁸⁸¹ El TS concluye, además, que de modificarse dicha situación, esto es, de disminuirse el número de decibelios, se alzaría la suspensión. Esta previsión constituye, por tanto, un ejemplo paradigmático de la cláusula *rebus sic stantibus*.

⁸⁸² El titular de la discoteca defiende su derecho al ejercicio de una actividad empresarial, mientras que los demandantes – se deduce que son los vecinos – oponen su derecho al descanso y a un medio ambiente adecuado. Desde un punto de vista teórico, estas relaciones tripolares presentan gran interés, dado que ponen de manifiesto la mutación de la jurisdicción contenciosa. Si bien el origen del conflicto es un acto administrativo, los intereses enfrentados en el pleito son intereses privados que pueden verse afectados por dicho auto.

Dos años más tarde, el Tribunal Supremo adoptó otra resolución en un supuesto de similares características, en la que el Tribunal se niega expresamente a entrar en el fondo de la cuestión.⁸⁸³ Así, frente a la pretensión del apelante, que solicita se investigue la legalidad de los actos dictados por la Corporación Municipal sobre retirada temporal de licencia por incumplimiento del mandato municipal de instalar medidas correctoras necesarias para evitar la transmisión de ruidos superiores a los autorizados, el Tribunal estima que la pieza separada de suspensión no puede ser utilizada para resolver esta cuestión. A continuación, y evitando por completo la alusión a los decibelios, criterio determinante en el auto anterior, el Tribunal pondera los daños y perjuicios ocasionados por el cierre del local y el interés público consistente en la protección de la convivencia social y, en concreto, del descanso de los residentes de la población. Sin entrar a valorar los daños específicos que se pudieran irrogar a uno y otro interés, el criterio decisivo es la comparación de la irreparabilidad de dichos daños. Así, los daños generados por el cierre temporal de la discoteca son susceptibles de reparación *a posteriori*, mientras que aquéllos causados a la convivencia social y al descanso de los residentes son absolutamente irreparables.

Este tipo de supuestos, tan apegados a la realidad cotidiana, no parecen propios de la competencia de un Tribunal Supremo. De hecho, en la segunda mitad de los años 90, coincidiendo temporal y quizás causalmente, con la eliminación del recurso de apelación⁸⁸⁴, los temas ambientales no presentan gran protagonismo ante nuestro máximo órgano jurisdiccional en materia administrativa. Estos casos, cuando llegan, ven modificado su tratamiento procesal en un sentido similar al alemán. Así, la extensión de los autos aumenta, debido a que la motivación de los mismos resulta más ardua. El automatismo deja de ser posible y las cuestiones dilucidadas presentan gran

⁸⁸³ ATS de 13 de mayo de 1991, Ar. 4254, Ponente: García Estartús. En el mismo sentido, ATS de 16 de octubre de 1990, Ar. 8247, Ponente: González Navarro.

⁸⁸⁴ Si la eliminación se produjo por ley 10/1992, de 30 de abril, su desaparición progresiva tuvo lugar a medida que se iban despachando las demandas que habían sido interpuestas bajo el anterior sistema normativo. Por ello, coincide temporalmente con el fenómeno del que se está dando cuenta.

complejidad, aun en sede cautelar. Finalmente, la entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Contencioso y la reducción de la actividad del Tribunal Supremo a cuestiones vinculadas a los más altos órganos del Estado, donde los problemas ambientales no suelen suscitar controversia, ha supuesto que esta materia haya perdido protagonismo en la alta jurisprudencia.

4.- La reparabilidad y el perjuicio económico. Una evolución

La reparabilidad de los daños sufridos ha sido un elemento determinante en la apreciación del perjuicio. En efecto, si los eventuales perjuicios fueran susceptibles de ser reparados, *in natura* o mediante resarcimiento económico, se ha considerado tradicionalmente que no existe peligro en la mora, o bien sólo se ha estimado de forma extraordinaria, dado que las pretensiones se hallan aseguradas.

Probablemente sea este el criterio determinante en las medidas cautelares, concebidas en su función más pura de conservación del objeto del pleito y, con ello, de garantía de la efectividad de la sentencia y de evitación de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Sin embargo, una adecuada protección de los intereses en conflicto requiere que dicha reparabilidad sea adecuadamente valorada y, en este sentido, no sólo los daños irreparables, sino también los difícilmente reparables, han de ser considerados susceptibles de justificar la adopción de una medida cautelar.

Esta tendencia garantista se aprecia en la evolución normativa⁸⁸⁵, así como en la jurisprudencia. Uno de sus escollos, sin embargo, afecta a los intereses económicos, que

⁸⁸⁵ Se ha de recordar cómo en España la ley de la jurisdicción de 1956 ya no hacía referencia a los daños de imposible reparación, sino que el art. 122 permitía que éstos fueran de difícil reparación. También en Francia la antigua mención de "*conséquences irréparables*" ha sido sustituida por la de "*conséquences difficilement réparables*" y, más recientemente, con la entrada en vigor del Código de Justicia Administrativa, el concepto de urgencia elimina por completo estas referencias. En Alemania, la expresión de daño irreparable ("*irreparables Schaden*") apenas tiene uso en la jurisprudencia y se prefiere la referencia a la urgencia ("*Eilbedürfnis*").

tradicionalmente no han sido considerados aptos para justificar la adopción de una medida cautelar, debido a que, con carácter general, siempre son reparables.

En España, la irreparabilidad, como acertadamente señala Carmen CHINCHILLA⁸⁸⁶, no ha de considerarse sinónimo de “irresarcibilidad”, sino de “irreversibilidad”, término éste que, además, ha encontrado acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁸⁸⁷ A este respecto, la doctrina no acepta que, con carácter general, los perjuicios económicos o susceptibles de reparación económica no se tengan en consideración a efectos de la adopción de una medida cautelar, sino que se exige un análisis caso por caso.⁸⁸⁸ Incluso la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción de 1956 se mostraba contraria a la desestimación automática del perjuicio económico, algo que sin embargo no recoge la Ley de 1998, pero que no por ello ha de entenderse superado.

El Tribunal Supremo es coherente con esta necesidad de apreciación caso por caso y al respecto puede citarse el ATS de 16 de octubre de 1990⁸⁸⁹, que resuelve una petición de suspensión de las resoluciones del Concejal-Presidente de la Junta Municipal del Distrito de Chamberí de Madrid, relativas a cierre y clausura de bar. En principio, los daños y perjuicios derivados de dichos cierre y clausura podrían ser considerados susceptibles de reparación económica y, por ello, reversibles. Sin

⁸⁸⁶ C. CHINCHILLA MARÍN, *Los criterios ...*, cit., pp. 52-53.

⁸⁸⁷ Véanse, a título de ejemplo, los AATS de 16 de febrero y 27 de abril de 1999, donde el Tribunal Supremo equipara la frustración de la finalidad legítima del recurso con la irreversibilidad de lo ejecutado.

⁸⁸⁸ Cfr. J.M. ÁLVAREZ CIENFUEGOS/ J.J. GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano, 1998, p. 369; J.L. GIL IBÁÑEZ, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Una visión práctica*, Colex, Madrid, 2001, p. 38; V. MARTÍN DE HIJAS, *Las medidas cautelares*, en “La nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, CGPJ, Madrid, 1998; F.L. RUIZ PIÑEIRO, *Las Medidas Cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 55, donde se remite al presente debate y constata el sentir mayoritario de la doctrina.

⁸⁸⁹ Ar. 8244, Ponente: Bruguera Manté.

embargo, en este ámbito concreto el Tribunal ha sentado una jurisprudencia, a la que se remite en este auto, según la cual *“se producen daños y perjuicios de reparación imposible o difícil cuando la ejecución supone la desaparición de un negocio en funcionamiento, la pérdida de la clientela y del medio de vida de sus propietarios o la extinción de contratos laborales”*.⁸⁹⁰

Son también irreparables determinados perjuicios vinculados a plazos y otros efectos temporales. Este es el caso paradigmático de las reuniones y manifestaciones, que, como ya se indicó, ha sido el origen en Alemania de una ingente jurisprudencia en la que el *forum* desempeña un papel decisivo y la prohibición de prejuzgar el fondo ha de ser necesariamente relativizada.

También es el supuesto, más concreto, de ciertos funcionarios o cargos públicos que pretenden desarrollar una actividad (remunerada o no) durante un período de tiempo, pero sobre los cuales pesan las incompatibilidades establecidas de acuerdo con la normativa vigente. Así, en el ATS de 6 de marzo de 2001⁸⁹¹ se conoció de una demanda de suspensión de un Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ, que desestimaba la solicitud de autorización para compatibilizar el cargo de Presidente del TSJ de Cataluña con la actividad docente. El primero de los fundamentos jurídicos específicos para el caso de autos⁸⁹², el FJ 4º, reza como sigue: *“La inmediata ejecución de la resolución que se impugna haría inútil la hipotética sentencia favorable que pudiera obtener el recurrente, pues ese pronunciamiento carecería de virtualidad al haber transcurrido el Curso Académico para el que se pide la compatibilidad y, en este caso, se trata de un medio necesario para que no pierda la finalidad legítima el recurso jurisdiccional”*. En estos supuestos de clara perentoriedad,

⁸⁹⁰ Fundamento Jurídico 6º. La resolución se remite en este aspecto a dos autos anteriores, de 24 de junio de 1988 (Ar. 4761) y de 20 de junio de 1989 (Ar. 4747). A continuación señala una serie de supuestos en los que el Tribunal accedió a la suspensión por los motivos indicados.

⁸⁹¹ Ar. 2847, Ponente: González Rivas.

⁸⁹² Con esta afirmación se quiere hacer notar que hasta entonces, como es habitual desde la entrada en vigor de la ley de 1998, el auto presenta la doctrina general de las medidas cautelares en el contexto constitucional, refiriéndose a la ejecutividad de los actos administrativos, al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y al necesario juicio de ponderación que se ha de realizar en este contexto.

dado que la irreparabilidad del perjuicio, caso de obtenerse una sentencia favorable, es evidente, los jueces suelen decidir sobre la base del *fumus*, tal y como se constata en el auto objeto de comentario. Remitiéndose a autos anteriores, adoptados en cuestiones similares, el alto órgano jurisdiccional afirma que *“esa incompatibilidad es adoptada más como ejercicio de una legítima opción de gobierno judicial en favor de la solución que se juzga más conveniente que como una medida imprescindible o necesaria y el hecho de que con anterioridad se hubiera seguido una solución contraria demuestra que esa incompatibilidad presenta rasgos más próximos a la conveniencia que a la necesidad”*. El examen de las pretensiones deducidas en el pleito principal es prolijo, si bien quizás no tan exhaustivo como en una sentencia de fondo, y el perjuicio de dicho fondo parece inevitable, a pesar de que el propio Tribunal insista en lo contrario. Esta circunstancia quizás no deba ser criticable, como ya se ha indicado, dado que en ciertos ámbitos materiales, determinados por la perentoriedad a la que se ha hecho referencia, el perjuicio resulta inevitable y es posible que la solución haya de venir dada de manos del legislador, en forma de juicios sumarios, o de técnicas procesales que permitan la transformación de la cuestión instrumental en resolución de fondo.

En buen número de casos, sin justificación específica, se sostiene que no concurren daños irreparables, para a continuación desestimar la medida cautelar solicitada.⁸⁹³ Esta actuación se relaciona, de parte del demandante, con la cuestión de la prueba del perjuicio a la que me refería más arriba, pero de parte de juez este tipo de afirmaciones requerirían una motivación que de ordinario no se incluye.

Por último, en ocasiones, el concepto de irreparabilidad se aplica en la jurisprudencia de un modo, cuanto menos, curioso. Así, en un ATS de 9 de marzo de

⁸⁹³ Vid. por ejemplo el ATS de 3 de abril de 2001, Ar. 2856, Ponente: Martín González. El Fundamento Jurídico 5º, que desestima la demanda por una serie de cuestiones y concluye afirmando que *“por lo que ha de denegarse la suspensión que se solicita, al no ocasionarse tampoco con la no suspensión daños irreparables o de difícil reparación”*.

2001⁸⁹⁴, relativo a la suspensión de Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial sobre traslado por promoción a la categoría de magistrado, se vincula la irreparabilidad del perjuicio, en todo caso, al ejercicio de un derecho fundamental, dada la conexión entre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva. En este sentido, afirma el Tribunal que “[e]n cuanto a la irreparabilidad del perjuicio y la debida justificación documental, la alegación sobre la producción de un daño o perjuicio irreparable supone la utilización de una expresión que dada la instrumentalidad de la medida cautelar con el derecho fundamental a la obtención de una tutela judicial efectiva, y en coherencia con reiterada jurisprudencia constitucional (...), debe entenderse como una situación impeditiva del disfrute de un derecho fundamental, lo que no sucede en la cuestión examinada y ya se ha reiterado en el fundamento jurídico quinto del Auto recurrido, sin que concurren nuevas circunstancias determinantes de un cambio de criterio, pues la ejecución del traslado era un supuesto previsible que no origina, directamente, los perjuicios aducidos de índole personal y familiar”.⁸⁹⁵ Si bien es cierto que la medida cautelar se vincula al derecho a una tutela judicial efectiva, la motivación en cada caso exige una mayor precisión y entiendo que alusiones generales al derecho fundamental en juego no coadyuvan precisamente a dicha tutela jurisdiccional.

En Francia, como se indicó más arriba, el nuevo Código de Justicia Administrativa elimina la noción de perjuicio y adopta la de urgencia, más amplia. Con ello se trataba, además, de poner coto a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre perjuicios reparables económicamente, que nunca se aceptaban a efectos de adoptar una medida cautelar.⁸⁹⁶

⁸⁹⁴ Ar. 2849, Ponente: González Rivas.

⁸⁹⁵ Fundamento Jurídico 2º. El subrayado es mío.

⁸⁹⁶ Cfr. a título de ejemplo la resolución de sección del Consejo de Estado de 18 de junio de 1954, *Préfet du Var*, Rec., pp. 365ss.

CAPÍTULO 8

LAS CONDICIONES DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: EL *FUMUS BONI IURIS*

INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se presentó el criterio del *periculum in mora*, elemento clásico que caracteriza, como se vio, la esencia de las medidas cautelares desde los orígenes de su conceptualización teórica y de su aplicación práctica. En la actualidad, a la urgencia⁸⁹⁷ acompaña un segundo criterio, el *fumus boni iuris*, que, sin embargo, no se encuentra exento de polémica y de lagunas en su exacta configuración. En efecto, esta suerte de apreciación provisional de la adecuación a Derecho de las pretensiones de las partes presenta problemas desde diversos puntos de vista, señaladamente desde la óptica del perjuicio del fondo del asunto. No obstante, se manifiesta en la jurisprudencia como un elemento indispensable del juicio cautelar en los supuestos en los que el *periculum in mora* pesa sobre todos los intereses implicados, así como en aquellas ocasiones en las que se adopta una resolución provisional, e incluso definitiva, de forma rápida, pero al margen de la existencia o no de un posible perjuicio para las partes y otros interesados.

⁸⁹⁷ Sobre los términos *periculum in mora* y *urgencia* me remito al capítulo anterior.

El *fumus* se ha ido incorporando paulatinamente a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y su presencia podría vincularse al incremento del número de asuntos y a la creciente complejidad de las cuestiones que el juez de las medidas cautelares ha de resolver, que hacen que aumente, en consecuencia, el tiempo necesario para adoptar una resolución. Por esta razón, dado que la urgencia puede ser idéntica para todos los intereses en buen número de casos, el juez necesita servirse de otro criterio, cual es la preponderancia provisional de unos argumentos frente a otros. Además, la complejidad exige un pormenorizado análisis de la cuestión, circunstancia que redundará en un estudio a conciencia de las pretensiones, incluso en una fase provisional en la que el juez en principio sólo habría de valorar los posibles perjuicios derivados de la mora procesal. Con ello, el problema principal del *fumus boni iuris* se aprecia con claridad: el juez que analiza el asunto puede verse tentado de prejuzgarlo, dado que tras su estudio exhaustivo ha de adoptar una decisión que en buena parte puede coincidir con la resolución final. Esto no siempre es negativo en el contexto procesal actual y esta es la razón por la cual en algunos ordenamientos jurídicos, especialmente en Alemania, la prohibición de prejuzgar el fondo está siendo relativizada, provocando una resolución anticipada de los asuntos. Por ello, este elemento, la prohibición de prejuzgar el fondo, requiere una debida atención en tiempos de grandes demoras y de justiciables insatisfechos.

En otro orden de cosas, la incorporación del *fumus*, que incluso en la doctrina es tardía, puede ser una muestra más de la mutación de la concepción del contencioso-administrativo, que se concibe plenamente como un proceso entre partes en el que se solicita la satisfacción de determinadas pretensiones. Atrás queda el modelo francés del exceso de poder, que tan duros embites ha sufrido desde diversos frentes y que en cierta manera ha heredado trasnochadamente, desde el punto de vista de las garantías individuales, el sistema jurisdiccional en el ámbito comunitario. El *fumus*, en la medida en que conlleva el análisis provisional de la relevancia procesal de las diversas posiciones defendidas en el pleito – dando con ello entrada a múltiples situaciones

subjetivas susceptibles de protección -, incide en la consolidación del nuevo modelo de justicia administrativa en el contexto europeo. Ello ha sido constatado, por ejemplo, en Francia, donde la aplicación del *fumus* se desarrolló fundamentalmente a raíz de la denominada "juridización" del contencioso, tras la superación del paradigma clásico consistente en un estricto control de legalidad, y de la mano de un incipiente control de oportunidad.⁸⁹⁸

Más allá de la constatación de la existencia del *fumus*, la identificación de sus contornos resulta compleja, en la medida en que esta categoría jurídica linda con otros ámbitos del Derecho Administrativo, tales como la teoría de las nulidades o las vías de hecho y su reacción procesal clásica: los interdictos. Por esta razón resulta necesario un estudio pormenorizado de su tratamiento normativo y jurisprudencial que ofrezca pautas fiables para una aplicación coherente y racional de esta institución, diferenciándola de otras instituciones.

I.- EL CONCEPTO DE *FUMUS BONI IURIS* EN LOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS

El *fumus boni iuris* se vincula a la existencia de una *situación jurídica* que requiere protección en tanto no se dicte una sentencia definitiva en el pleito. Así, el perjuicio hipotético que genera la mora procesal lo es en referencia a dicha situación, razón por la cual el juez habrá de verificar si efectivamente (al menos de modo provisional) concurre este elemento y si justifica o hace necesaria la medida cautelar. En este sentido se manifiesta CALAMANDREI, al referirse al objeto del juicio cautelar, que no es sino un juicio de cognición. El florentino señala los requisitos para la adopción de la medida

⁸⁹⁸ Vid. J.-M. FÉVRIER, *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, L'Harmattan, París, 2000, p. 381. En Alemania también se percibe un fenómeno similar. Cfr. H. ROHMEYER, *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, p. 46.

cautelar, indicando que es necesaria la existencia (provisional) de un derecho y de un peligro de insatisfacción del mismo.⁸⁹⁹

La primera cuestión, no baladí, que se presenta es la concerniente al momento procesal en el que la existencia del derecho se pone de manifiesto. Es posible que ello acaezca en el examen de admisibilidad de la demanda, que se pronunciaría sobre una mínima razón de ser del recurso. En este caso, la apreciación del *fumus* en un estadio posterior se referiría a otro tipo de análisis, más profundo y, por ello, directamente relacionado con el fondo del asunto. Esta valoración detallada del *fumus* remite a la mutación de la naturaleza de las medidas cautelares, tratada por extenso en el capítulo 2, toda vez que una cognición casi exhaustiva de la causa podría indicar la necesidad de convertir la resolución en una resolución definitiva y, con ello, transformar el instrumento procesal en una institución de carácter autónomo.⁹⁰⁰

Entendido el *fumus boni iuris* en los términos previamente expuestos, se ha de considerar que este requisito siempre ha existido, dado que el *periculum in mora* se ha vinculado en todos los casos a la existencia de una situación jurídica susceptible de protección, cuya aparente prosperabilidad en el recurso ha debido de ser verificada por el juez, al menos con carácter somero. Sin embargo, la novedad en la legislación y la jurisprudencia radica en el aumento de su protagonismo (circunstancia que se manifiesta en la propia terminología de los administrativistas, dado que las referencias explícitas al *fumus boni iuris* eran inexistente hace algunos años), así como en su

⁸⁹⁹ El concepto de "derecho" habría de entenderse referido hoy a un espectro más amplio de situaciones jurídicas. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Pádova, 1936, pp. 62ss.

⁹⁰⁰ CALAMANDREI ya vislumbró en 1936 una situación de estas características: "Si para adoptar una medida cautelar fuera necesaria una cognición completa y en profundidad de la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto del proceso principal, convendría esperar a la resolución definitiva y no complicar el proceso con una duplicación de investigaciones que no redundaría ni siquiera en beneficio de la prontitud". Cfr. P. CALAMANDREI, cit., p. 63.

individualización para supuestos concretos dentro del amplio y creciente espectro de las medidas cautelares.

En el siguiente apartado (1) se realizarán algunas precisiones terminológicas, que tratarán de coadyuvar a la inteligencia del concepto, pasando a continuación (2) a presentar su creciente protagonismo. Seguidamente (3) se indagará en el significado del *fumus* como fruto de la disyuntiva entre la protección de los poderes públicos y la preservación de las garantías individuales. Para concluir (4), se expondrán los regímenes particulares que, en lo que respecta al *fumus*, contempla la regulación especial.

1.- Precisiones lingüísticas y avance del contenido

Al igual que sucedía con el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* recibe diversas denominaciones en los ordenamientos comparados. Si, en principio, los diferentes términos obedecen a tradiciones jurídico-culturales propias, en algunos supuestos indican la existencia de divergencias en la naturaleza y en la aplicación práctica de este criterio.

En España, la expresión *fumus boni iuris* ha hecho fortuna, probablemente por influjo de los procesalistas italianos, dado que, como se ha reiterado en innumerables ocasiones, la doctrina procesal-civilista italiana ha ejercido una notable influencia en el desarrollo del sistema español de tutela cautelar, incluido el contencioso-administrativo. La totalidad de los autores modernos y la jurisprudencia se refieren al concepto con esta terminología, traduciéndolo en buena parte de los casos por la versión castellana de "apariencia de buen derecho".

En ocasiones, el criterio se matiza y, fundamentalmente en el tratamiento jurisprudencial, aparecen expresiones como "apreciación con evidencia"⁹⁰¹,

⁹⁰¹ Este es el caso del art. 136 LJ, referido a las medidas cautelares a adoptar en los supuestos de vía de hecho y de inactividad de la Administración.

“perspectivas de éxito de la demanda”⁹⁰², o “falta de contestación seria” (de la Administración implicada)⁹⁰³. También en alguna ocasión, quizás por influencia del Derecho comunitario, puede encontrarse la fórmula de “apreciaciones *prima facie*”, expresión que emplea el Abogado General TESAURO en el asunto *Factortame*. En estos últimos supuestos se trata, en realidad, de concepciones concretas del *fumus* para contextos específicos, derivadas de un sustrato común que consistiría idealmente en un análisis *a limine* de las pretensiones deducidas en juicio.

Si en España el *fumus* apela en general a un observador, aun cualificado, que es el juez, en la medida en que éste ha de “apreciar” el buen derecho de las pretensiones, la fórmula francesa se sitúa en la perspectiva de los partícipes y, en especial, en el ámbito de la prueba. Así, se habla de “alegaciones serias” (*moyen sérieux*)⁹⁰⁴, de “dudas serias” respecto de la legalidad de la decisión impugnada (*doute sérieux*)⁹⁰⁵, de alegaciones fundadas o de una naturaleza tal que justifiquen la anulación de la decisión impugnada

⁹⁰² En la doctrina se encuentra la expresión en M. BACIGALUPO SAGGESE, *La nueva tutela cautelar en el Contencioso-Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 33, en el contexto del análisis del ATS de 20 de diciembre de 1990, remitiéndose, en este aspecto concreto, al juicio de probabilidad y de verosimilitud propuesto por CALAMANDREI, al que se hará referencia más adelante. La alusión de BACIGALUPO a las perspectivas de éxito de la demanda principal, formulación que resulta un tanto atípica en el Derecho español, podría explicarse si se tiene en cuenta la formación germanista del autor. Así, esta expresión, “las probabilidades de éxito de la demanda principal”, constituye el eje del *fumus* en el ordenamiento germano e indica un fuerte vínculo material entre la pretensión cautelar y la de fondo.

⁹⁰³ Cfr. STS de 12 de noviembre de 1999, Ar. 10007, Ponente: Sieira Miguez, FJ 2º: “En cuanto al segundo motivo articulado es doctrina reiterada de esta Sala que para que proceda la aplicación de la doctrina del «*fumus boni iuris*» como causa de suspensión del acto recurrido es necesario que concurren dos requisitos, de una parte una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y de otra una falta de contestación seria de la Administración que destruya aquella apariencia”. Esta fórmula, que incluye un doble requisito, es sin embargo absolutamente minoritaria e indica una suerte de ponderación del *fumus*, cuando lo habitual suele ser la ponderación de perjuicios.

⁹⁰⁴ Cfr. R. DENOIX DE SAINT-MARC, *Les notions de préjudice difficilement réparable et de moyen sérieux*, Gazette du Palais, 1985, 1. doct., pp. 126ss.

⁹⁰⁵ Cfr. art. L. 521-1 CJA.

(*moyen fondé ou de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée*)⁹⁰⁶, y, en fin, de ausencia de “contestación seria” a la demanda de la parte actora (*absence de contestation sérieuse*)⁹⁰⁷.

El contenido de todas estas expresiones indica distintas concepciones del *fumus*, al igual que ocurre en otros ordenamientos. Sin embargo, todas ellas, hasta la reforma de 2001, exigían un elevado nivel de argumentación rayano en el exigido para la cuestión de fondo que hacía que, en la mayor parte de los casos⁹⁰⁸, este criterio conllevara la denegación de la medida cautelar solicitada. Rara vez justificaba la adopción de la medida cautelar y, en estos supuestos, solía coincidir con el resultado que ulteriormente ofrecería la pretensión de fondo.⁹⁰⁹ Tras la reforma, el lenguaje que emplea el Código de Justicia Administrativa elimina las referencias a las alegaciones serias o fundadas, incorporando expresiones como “serias dudas” (*doutes sérieux*, art. L. 521-1), “ataque grave y manifiestamente ilegal” (*attaque grave et manifestement illégale*, art.

⁹⁰⁶ Por todos, véase O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, París, 1991, p. 279. En ocasiones, como constata este autor (p. 285), las alegaciones serias se asimilan a las alegaciones fundadas.

⁹⁰⁷ Por todos, véase O. DUGRIP, cit., p. 279. Es posible que se trate de una influencia del Derecho Procesal Civil, ya que el art. 808 del Código de Procedimiento Civil francés se refiere a esta expresión al regular el *référé* clásico. Cfr. también C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 72. Como constata la autora, la expresión sustituyó en su día a otro criterio, a saber: la prohibición de prejuzgar el fondo del asunto, que gozaba en su momento de autonomía en la normativa procesal. Con ello se planteó el problema en la doctrina y la jurisprudencia de los exactos límites de uno y otro requisito. Mientras que la ausencia de contestación seria remite a una deficiente fundamentación del recurso principal, centrándose en aspectos concretos como es el de la prueba, la prohibición de prejuzgar el fondo poseería un carácter más extenso, aludiendo a los eventuales efectos análogos con la cuestión de fondo. Por lo tanto, el primero de los criterios se desarrollaría en el ámbito de la demostración o del principio de prueba y el segundo lo haría en el contexto de la virtualidad de la resolución judicial cautelar, que podría extender sus efectos fáctica o legalmente a la resolución de fondo.

⁹⁰⁸ Como escribe CHAPUS, se había producido una desviación y, a raíz de ello, el juez de la urgencia se transformó paulatinamente en el juez de fondo, circunstancia que provocó una ralentización de la justicia. V. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 9ª ed., 2001, núm. 1555. También, más adelante y de forma más extensa, en el núm. 1580.

⁹⁰⁹ Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit.

L.521-2)⁹¹⁰, demanda “manifiestamente mal fundamentada” (*manifestement infondé*, art. L. 522-3), que suavizan este requisito. De hecho, reitero, la reforma apenas ha producido modificaciones en el *statu quo* anterior, pero se estima que obedece a un intento de modificar la interpretación que la jurisprudencia venía realizando de los criterios de adopción de las medidas cautelares, tanto del *periculum* como del *fumus*.

En Alemania, las diferencias de terminología, significado, relevancia y operatividad del *fumus* varían de unas medidas cautelares a otras. Así, en lo que al elemento lingüístico se refiere, para la adopción de las medidas de aseguramiento reguladas en el art. 123.1, apart.1 VwGO⁹¹¹ se requiere la presencia de un asunto litigioso (*Streitgegenstand*), así como la puesta en peligro de la realización de un derecho (*Gefährdung der Verwirklichung eines Rechts*). En las medidas de regulación previstas en el art. 123.1, apart. 2 VwGO, por su parte, es necesaria la concurrencia de una relación jurídica litigiosa (*streitiges Rechtsverhältnis*). En todos estos casos, pese a las diferencias terminológicas, los criterios coinciden con el *fumus boni iuris*, dado que se exige un mínimo de prueba de dichas situaciones, una apariencia de buen derecho del asunto litigioso que justifique que la demanda no se halla manifiestamente desprovista de fundamento, fórmula más usual en otros ordenamientos y que presenta idéntico significado en la expresión alemana. Para justificar esta exigencia de prueba la doctrina alude al concepto “pretensión de la medida cautelar” (*Anordnungsanspruch*)⁹¹², que es una construcción doctrinal derivada del art. 123 VwGO e implica un mínimo de acreditación de la situación que se alega. Finalmente, las expresiones “perspectivas de éxito de la demanda principal” (*Erfolgsaussichten der Hauptsache*) y “serias dudas” (*ernstliche*

⁹¹⁰ Esta expresión la emplea el Código en el contexto del denominado *référé-liberté*, instrumento para la protección de las libertades fundamentales y que recuerda, en cierta medida, a la regulación española de las medidas cautelares suscitadas a raíz de vías de hecho de la Administración.

⁹¹¹ Como indicaba en el Capítulo 5, el art. 123 de la ley alemana de la jurisdicción contencioso-administrativa regula las órdenes provisionales. Éstas se dividen en dos grupos: las órdenes de aseguramiento – para garantizar la conservación de un determinado *statu quo* – y las órdenes de regulación – que disciplinan provisionalmente una situación jurídica –.

⁹¹² Sobre este concepto me remito al Capítulo anterior.

Zweifel)⁹¹³ sobre la legalidad de la decisión impugnada se emplean habitualmente en la jurisprudencia y han encontrado eco en la doctrina.⁹¹⁴

En el Derecho comunitario la terminología también es plural. El concepto de *fumus boni iuris* aparece en los autos de medidas cautelares con asiduidad en los últimos años⁹¹⁵, quizás especialmente a raíz del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Factortame*.⁹¹⁶ Sin embargo, expresiones tradicionales en ciertos ordenamientos nacionales, como “alegaciones serias”, “serias dudas” sobre la legalidad de la decisión, o demanda “no manifiestamente desprovista de fundamento”⁹¹⁷ también se deducen de su jurisprudencia. Finalmente, la expresión que con mayor acierto indica cuál es la postura o el nivel de exigencia del Tribunal es la de “alegaciones que justifiquen a primera vista la medida”.⁹¹⁸ Esta formulación se vincula al principio de

⁹¹³ Esta es la expresión que emplea, por ejemplo, el art. 80.4 VwGO, al referirse a la facultad de la Administración de ordenar la ejecución inmediata del acto administrativo que es suspendido automáticamente con la interposición del recurso de anulación. Como afirma WIESELER, esta expresión denota un principio jurídico común aplicable también en la ponderación de intereses exigida por el art. 80.5 VwGO. Cfr. W. WIESELER, *Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, p. 55.

⁹¹⁴ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, CH Beck, Munich, 1998, pp. 65ss.

⁹¹⁵ Simplemente a título de ejemplo, v. auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2001, *República de Austria c. Consejo de la Unión Europea*, as. C-444/00 R, Rec. 2001, p. I-01461; auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2001, *Comisión de las Comunidades Europeas contra National Association of Licensed Opercast Operators (NALOO)*, as. C-180/01 P-R, Rec. 2001, p. I-05737. En este último caso se reitera la que es doctrina general del Tribunal, a saber: la adopción de una medida cautelar exige analizar los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista la adopción de dicha medida (par. 47).

⁹¹⁶ Se ha de recordar que en las Conclusiones del Abogado General TESAURO al asunto *Factortame* se hace mención explícita al *fumus boni iuris*, aludiendo en este y otros contextos a la doctrina procesal-civilista italiana.

⁹¹⁷ Puede citarse el señero auto del Presidente del TJCE de 16 de enero de 1975, as. 3/75 R, *Johnson & Firth Brown Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1975, p. 1. En este auto el Tribunal se hizo eco de esta versión del *fumus*, si bien finalmente desestimó la medida.

⁹¹⁸ Por ejemplo, auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2001, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied contra Comisión de las Comunidades Europeas, City Electrical Factors BV y CEF Holdings Ltd.*, as. C-7/01 P (R), Rec. 2001, p. I-02559. También el ya

prueba necesario en toda demanda de medidas cautelares y, en líneas generales, no implica una postura decidida a favor de una determinada concepción del *fumus*, limitándose a establecer una suerte de umbral mínimo. Las especificidades se establecen en orden a cada ámbito material del Derecho, siendo el Tribunal en unos supuestos más exigente que en otros en lo que a la apariencia de buen derecho se refiere.⁹¹⁹

2.- La paulatina incorporación del *fumus* en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia

El ordenamiento que probablemente de forma más temprana conceptualizó el criterio del *fumus boni iuris* es el francés. Sus efectivos orígenes en Francia, sin embargo, son objeto de discusión doctrinal⁹²⁰, toda vez que, como en otros ejemplos nacionales, su surgimiento expreso (en la jurisprudencia del Consejo de Estado en 1938)⁹²¹ se vio precedido por asunciones implícitas de esta categoría. Ello no obstante, a pesar de la existencia conceptual de este criterio, el Consejo de Estado se resistió durante largo tiempo a emplearlo como base jurídica para la suspensión de actos administrativos, utilizando fórmulas neutras que no permitieran deducir que las referencias a la apariencia de buen derecho de la pretensión lo eran también a la situación jurídica

citado auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2001, *Comisión de las Comunidades Europeas contra National Association of Licensed Opencast Operators (NALOO)*, as. C-180/01 P-R, Rec. 2001, p. I-05737.

⁹¹⁹ B. PASTOR BORGONON/ E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 86ss.

⁹²⁰ Básicamente, las dos opiniones enfrentadas son las de R. DENOIX DE SAINT-MARC, cit., y de M. TOURDIAS, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, LGDJ, París, 1957. Si bien el segundo, pasando revista a la doctrina decimonónica, constata que ninguno de los autores menciona el criterio de los argumentos serios, el primero alude a una resolución del Consejo de Estado de 1872 en la que este elemento se encuentra de forma expresa. Además, según constata J.-M. FÉVRIER, el propio LAFERRIÈRE la incluye en su *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit., p. 381.

⁹²¹ *Arrêt* del Consejo de Estado de 12 de noviembre de 1938, *Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions*. Apud J.-M. FÉVRIER, cit., p. 380.

subyacente.⁹²² A partir del decreto de 30 de julio de 1963, que codifica las normas aplicables al alto órgano jurisdiccional francés, la importancia práctica del concepto aumentará, si bien con enormes reticencias. En efecto, para paliar el peligro del prejuicio del fondo del asunto, el juez acabó exigiendo prácticamente una motivación exhaustiva de la demanda, circunstancia que, como se vio, ha sido una de las razones que han justificado la reforma de las medidas cautelares en Francia.

El carácter precursor del Derecho francés se explica en buena medida desde un punto de vista histórico-político e histórico-jurídico, dada la temprana consolidación como Estado del territorio galo. En lo concerniente a Alemania, como es sabido, ésta no surge como Estado federal y monárquico hasta 1871 y sólo a partir de entonces se comienza a desarrollar un núcleo jurídico común para un territorio todavía sólo parcialmente coincidente con las fronteras actuales. Como se indicó en el capítulo 5, antes de la unificación existen precedentes de la actual tutela cautelar. Sin embargo, a pesar de la previsión de mecanismos procesales de protección provisional de derechos y pese a la existencia de estudios doctrinales sobre la materia, en todas las regulaciones históricas alemanas, durante largo tiempo, no aparece expresamente ningún término que pueda vincularse con el *fumus boni iuris* o con conceptos equivalentes. Esto puede obedecer a diversas razones. En primer lugar, es posible que la reconstrucción que de la legislación histórica y la doctrina de la época se realiza en la actualidad en Alemania se encuentre influida por un lenguaje propio de nuestra época, lenguaje en el que la expresión *fumus boni iuris* o similares carecen de la relevancia que poseen en ordenamientos como el francés o el español. Ello implica que la doctrina alemana, al acudir a las fuentes históricas, ha podido hacerlo sin prestar atención a una categoría jurídica que en la actualidad tampoco es objeto de estudio. En segundo lugar, pudiera ocurrir que, como en Francia, la concepción existiera, sin que ello conllevara la creación expresa del término. En tercer lugar, es posible que esta categoría fuera realmente inexistente, pero tiendo a creer que sus perfiles se pueden atisbar desde la perspectiva

⁹²²Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit., p. 381.

de la ponderación de intereses, criterio que sí existía entonces, tal y como la doctrina ha constatado.⁹²³

En Alemania el *fumus* no ha obtenido la atención doctrinal que merece, al menos en términos equiparables a otros ordenamientos.⁹²⁴ Los conceptos de “perspectivas de éxito de la demanda” (*Erfolgsaussichten des Hauptsachenverfahrens*) o de “justificación de la orden provisional” (*Anordnungsgrund*) se mencionan en el análisis de la ponderación de intereses, o bien en la discusión sobre la aceptabilidad del perjuicio de la demanda principal, pero carecen, por lo general, de una autonomía propia. De hecho, algunas voces se han alzado ya criticando la hegemonía de un modelo de ponderación de intereses que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán⁹²⁵, imponiendo su fórmula a los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa y obviando las particularidades de esta jurisdicción.

⁹²³ Cfr. por el momento W. WIESELER, cit, p. 55. Al aludir a la ponderación de intereses y, en concreto, al análisis de cada uno de los intereses en conflicto, alude a las “serias dudas” (*ernstliche Zweifel*) sobre la legalidad del acto impugnado.

⁹²⁴ Sí se puede encontrar alguna referencia bibliográfica. V. por ejemplo K.A. BETTERMANN, *Sofortiger Vollzug und Erfolgsaussichten der Anfechtung*, DVBl 1976, pp.64ss.; F. CZERMAK, *Rechtsabwägungen oder Interessenabwägung?*, DÖV 1966, pp. 49ss.; W. WEIß, *Gibt es einen Rechtswidrigkeitszusammenhang in der Verwaltungsvollstreckung?*, DÖV 7 (2001), pp. 275ss.

⁹²⁵ Cfr. especialmente J. BERKEMANN, *Das "verdeckte" summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, JZ 4 (1993), pp. 161ss. También, K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., pp. 73ss., quienes afirman que el *Bundesverfassungsgericht* ha constatado, erróneamente, que el proceder habitual de los jueces en la adopción de órdenes provisionales de regulación es la ponderación de intereses, mientras que la doctrina mayoritaria sigue el esquema de “justificación de la orden provisional” y “pretensión de la orden provisional”. Los autores critican que el Tribunal, en su pretendida ponderación, en realidad realiza un juicio sumario de las pretensiones deducidas en juicio. También en el análisis de la oportunidad de admitir el perjuicio sobre el fondo, los autores han presentado sus críticas a un sistema que, entienden, se admite acríticamente en doctrina y jurisprudencia. V. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., p. 76, en lo que respecta a la orden de aseguramiento. También en K. FINKELNBURG, NVwZ 1982, pp. 414ss. Con carácter más general, F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, v. Decker, Heidelberg, 1988, pp. 740ss. y, ampliamente, pp. 1395ss.

En España el debate es más novedoso⁹²⁶, si bien, como en el resto de ordenamientos, se trata de un elemento que probablemente ya se encontraba implícito en la jurisprudencia y la doctrina, pero que requería una identificación epistemológica y una construcción teórica. Cirilo Martín-Retortillo no lo menciona en su monografía sobre la suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo contencioso.⁹²⁷ Tampoco Rodríguez-Arana, años más tarde, en 1986, se referirá expresa, o incluso implícitamente, a este criterio. El autor gallego aludirá, en consonancia con la legislación vigente y con los autores que le han precedido, a los daños y perjuicios derivados de la ejecución. Asimismo, dedica un lugar especial a la consideración del interés público, circunstancia que recuerda al tratamiento que de la materia realiza la dogmática alemana.⁹²⁸

El *fumus boni iuris* en el contencioso-administrativo hará aparición en España, desde un punto de vista dogmático, de la mano de los trabajos de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA a raíz fundamentalmente de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, tanto nacionales como supranacionales.⁹²⁹ Sin embargo, la

⁹²⁶ Pese a la novedad del debate en España, las contribuciones doctrinales son más abundantes y detalladas que en otros países. Resulta curioso comprobar en el panorama comparado la práctica inexistencia de estudios monográficos sobre el contenido de los criterios de adopción de las medidas cautelares, en especial si se considera que éstos constituyen el eje de la tutela cautelar y determinan su aplicación.

⁹²⁷ C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, *Suspensión de los actos administrativos por los tribunales de lo contencioso*, Montecorvo, Madrid, 1963.

⁹²⁸ Cfr. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid, 1986. Véanse especialmente las pp. 105-128.

⁹²⁹ Es obligado citar los trabajos de este profesor recopilados en el libro *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1995. En concreto se han de señalar los siguientes títulos: *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del "fumus boni iuris"* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general [pp. 167ss.; también en REDA 69 (1991), pp. 65ss.]; *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la "aparencia de buen derecho" para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y aparencia de abuso de la ejecutividad* [pp. 203ss; también en REDA 70 (1991), pp. 255ss.]; *La aplicación de la "aparencia de buen derecho" como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra Reglamentos* [pp. 243ss.; RAP 125 (1991), pp. 411ss.]; *Nuevas medidas cautelares "positivas": la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin aparencia de buen derecho* (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991) [pp. 255;

jurisprudencia se muestra altamente reacia a su aplicación como criterio justificativo de la medida cautelar, como habrá ocasión de comprobar en el análisis posterior. En efecto, su uso se restringe casi exclusivamente a los supuestos en los que se constata de forma evidente la nulidad del acto administrativo (a pesar de que, en cierta manera, la yuxtaposición de los términos “evidente” y “nulidad” pueda considerarse una redundancia).

Con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, el *fumus* entra en el Derecho positivo, pese a que el término “*fumus boni iuris*” no se incorpora de forma expresa. Si bien de una primera lectura de la Ley de la Jurisdicción pudiera deducirse que este criterio únicamente se contempla en la regulación de las medidas cautelares “especiales” del art. 136, en realidad se encuentra presente en todas las medidas y no sólo en aquéllas. Y ello es así porque, tal y como recuerda Carmen CHINCHILLA, parafraseando al Tribunal Supremo, “la definición misma del *periculum in*

también en RAP 126 (1991), pp. 297ss.] V. del mismo autor *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 4ª ed., 1998. Además, con carácter monográfico sobre el *fumus* se encuentran, en lugar destacado, las siguientes aportaciones doctrinales: R. RODRÍGUEZ-POLLEDO Y VÁZQUEZ DE PRADA, *La suspensión como medida cautelar en los procesos contencioso-administrativos. Principios: el principio de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). Una valoración provisional, como base de una medida provisional*, REDA 82 (1994), pp. 311ss.; J. SUAY RINCÓN, *La suspensión de la expropiación: el fumus boni iuris como criterio determinante para la adopción de la medida cautelar*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica 251 (1991), pp. 659ss.; J. VECINA CIFUENTES, *La trascendencia del fumus boni iuris como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración de los procesos administrativo y constitucional. (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993)*, Revista de Derecho Procesal, 1995 (1), pp. 259ss. Algunas voces críticas se han alzado en contra de una determinada concepción del *fumus*. Véase especialmente J. LEGUINA VILLA/ M. SÁNCHEZ MORÓN/ L. ORTEGA ÁLVAREZ, *¿Parón a la reforma de la justicia administrativa?* Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), marzo-abril de 1996, pp. 6ss.; de los mismos autores, *La polémica con el profesor García de Enterría*, Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), octubre de 1996. En general, sobre esta materia, véase M. BACIGALUPO, *La nueva tutela ...*, cit., pp. 29ss., con abundante bibliografía. Se ha de destacar, finalmente, el estudio de E. OSORIO ACOSTA, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995. Este autor sitúa el *fumus boni iuris* en primer lugar en el análisis que realiza de los presupuestos de la suspensión de los actos administrativos. M. FUERTES también le dedica atención en el contexto de la impugnación de reglamentos. Cfr. M. FUERTES, *Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*, RAP 157 (2002), pp. 57ss. [pp. 73ss.].

mora está en relación de dependencia con el fumus boni iuris",⁹³⁰ de manera que si el *periculum* se encuentra en la esencia de todas las medidas, el *fumus* no hace sino acompañarlo. En este mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA considera que una interpretación adecuada del art. 130 LJ exige que el juez tenga en cuenta el *fumus* en su juicio cautelar, dado que ha de estudiar si se pone o no en peligro la finalidad "legítima" del recurso⁹³¹

Finalmente se ha de indicar que la paulatina inclusión del *fumus boni iuris* en el Derecho procesal administrativo español ha tenido lugar de la mano del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha reconocido expresamente el Tribunal Supremo y como la doctrina había venido reclamando durante largo tiempo. Así, como recuerda el ATS de 8 de marzo de 2001⁹³², "[l]a jurisprudencia de este Tribunal Supremo realizó una nueva exégesis del art. 122 de la Ley Jurisdiccional de 1956 para acomodarlo al art. 24 CE, sobre la base de entender el derecho a la tutela cautelar como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Y a consecuencia de lo anterior admitió el *fumus boni iuris*, o *aparencia de buen derecho*, como elemento integrador del repetido art. 122 LJCA a efectos de otorgar la tutela cautelar". El inicio de esta jurisprudencia lo constituye, como es sabido, el ATS de 20 de diciembre de 1990⁹³³. En este auto se vincula la tutela cautelar al derecho a una tutela judicial efectiva. Además, se alude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en concreto a la sentencia *Factortame*, dictada pocos meses antes del auto en cuestión, el 19 de junio de 1990. Del principio general del Derecho

⁹³⁰ Cfr. C. CHINCHILLA MARÍN, *Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), "Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa", CGPJ, Madrid, 1999, 17ss. [p. 57].

⁹³¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 6ª ed., 1999, p. 628.

⁹³² Ar. 2001/2848, Ponente: Maurandi Guillén, FJ 2º.

⁹³³ Ar. 1990/10412, Ponente: González Navarro. Tal y como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA en su comentario a dicho auto, "pocas veces el Tribunal Supremo habrá sido tan explícito, tanto al afirmar que adopta "una nueva manera de entender" un precepto legal, como al desechar "las rigideces" que de la interpretación anterior resultaban". Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fumus boni iuris (auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, en "La batalla...", cit., p. 169.

comunitario establecido en la sentencia, según el cual *“la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”*, se deduce que los tradicionales privilegios de la Administración han de ser relativizados.⁹³⁴ En este sentido, si existe una apariencia de ilegalidad de la resolución adoptada, esto es, si concurre el *fumus boni iuris*, habrá de otorgarse la medida cautelar solicitada. En el auto, además, se concluye que se trata de un principio que se encontraba *“latente, escondido en el ordenamiento jurídico español y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos – que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver en el individuo un súbdito y no un ciudadano – permite hacer patente”*.

En Derecho comunitario, los Tratados no recogen expresamente los criterios que justifican la adopción de las medidas cautelares. Los artículos 185 y 186 TCE (ahora, 242 y 243), respectivamente, prevén la existencia de la suspensión y de otros tipos de medidas cautelares sin especificar. Las precisiones sobre los criterios de adopción de todas las medidas cautelares se realizan en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (83.2), así como en el del Tribunal de Primera Instancia (104.2), que presenta idéntico contenido en esta materia, rezando como sigue:

“Las demandas mencionadas en el apartado anterior especificarán el objeto del litigio, las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada”.

Los primeros trabajos doctrinales sobre la tutela cautelar en el Derecho comunitario dedican una atención escasa al criterio del *fumus*. De hecho, autores clásicos, como SLUSNY o VANDERSANDEN y BARAV, omiten este criterio y lo

⁹³⁴ Esto es precisamente frente a lo que se ha rebelado tradicionalmente el Derecho francés, como se explica más adelante. En unas conocidas conclusiones del Comisario del Gobierno SCHWARTZ que se citan en dicho epígrafe, éste sostiene que los autos ordenando la suspensión requieren una motivación más prolija que los autos que la deniegan. La justificación de esta diferencia la encuentra el Comisario del Gobierno en el carácter excepcional de la suspensión con respecto al principio general de ejecución de los actos administrativos, considerado una regla fundamental de Derecho Público.

introducen exclusivamente en el apartado correspondiente a las condiciones de admisibilidad de la demanda⁹³⁵. Esta circunstancia podría no sorprender si se tiene en cuenta que ambas categorías, las condiciones de admisibilidad de la demanda cautelar y los criterios de adopción de las medidas cautelares, se encuentran reguladas en un mismo precepto. Sin embargo, este es también el caso del *periculum in mora* y, ello no obstante, la doctrina por lo general no lo identifica con las condiciones de admisibilidad de la demanda, sino que opta por crear una categoría jurídica diferenciada.⁹³⁶

En cierta consonancia con la reticencia doctrinal a aceptar la autonomía de este criterio, el Tribunal de Justicia no lo hace manifiesto hasta 1975, en el asunto *Johnson*⁹³⁷. En *Johnson* la controversia se origina a raíz de la asunción de una empresa, la *Johnson & Firth Brown Ltd.*, por otra, la *British Steel Corporation*. Los accionistas de *Johnson*, accionistas a su vez de una tercera empresa, la *Jessel Securities Ltd*, quieren vender sus acciones tras conocer la decisión de asunción, actividad ésta que es prohibida por la Comisión mediante decisión en el marco del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero. Los demandantes solicitan la suspensión de esta decisión.

El Tribunal de Justicia comienza señalando que existen indicios para considerar que la demanda no se encuentra manifiestamente desprovista de fundamento⁹³⁸ y que,

⁹³⁵ VANDERSANDEN y BARAV consideran que mediante el criterio del *fumus boni iuris* el juez aprecia la apariencia de buen derecho de la demanda principal, apreciación que habría de llevarle a admitir a trámite la demanda de medidas cautelares, sin justificar ulteriores decisiones sobre el fondo. Cfr. G. VANDERSANDEN/ A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1977, p. 440.

⁹³⁶ Todo ello a pesar de que, como se vio, algunos autores incluyen la urgencia en dos compartimentos distintos, a saber, en las condiciones de admisibilidad de la demanda y en los criterios de adopción de la medida.

⁹³⁷ Auto del Presidente del TJCE de 16 de enero de 1975, as. 3/75 R, *Johnson & Firth Brown Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1975, p.1.

⁹³⁸ Se trata de la misma expresión que la empleada en el ATS de 20 de diciembre de 1990 al que me he referido más arriba. El Tribunal está aplicando la versión dulcificada del *fumus*, a pesar de que finalmente no adoptará la medida.

por ello, no se puede desestimar la solicitud de suspensión. Sin embargo, añade a continuación, se requiere analizar el criterio del perjuicio, elemento éste que acabará determinando la no suspensión de la decisión impugnada.

Pese a no suspender la decisión con carácter general, el Tribunal sí suspende provisionalmente los derechos de voto de los nuevos accionistas, esto es, los de la empresa *British Steel Corporation*, en tanto no se dilucide la legalidad de la decisión. Además, también se suspende un artículo concreto de la decisión, a saber, el artículo 2 (1). A pesar de que el Tribunal no especifica cuál es la razón que le lleva a imponer dichas condiciones, la alusión a una apariencia de buen derecho en el primero de los argumentos jurídicos indica probablemente que esa es la base de la resolución adoptada. En caso contrario, y pese a lo sostenido por algunos comentaristas⁹³⁹, que consideran que se trata del primer auto de aplicación del *fumus boni iuris*, no parece que este elemento, pese al reconocimiento de su autonomía como criterio de adopción de medidas cautelares, justifique el presente pronunciamiento judicial. Ello no obstante, sí ha de destacarse la relevancia de una resolución de estas características, dado que contribuye a cristalizar un nuevo concepto en la vida jurídica.

Para terminar de perfilar los contornos del *fumus* en este caso concreto, puede ser de interés hacer alusión a la intrahistoria de la cuestión que lo suscita. Se trata de un asunto con origen en el Reino Unido, que apenas hacía dos años había accedido a la Comunidad Económica Europea. Desbordaría los límites de este trabajo realizar un estudio en profundidad de las medidas cautelares en el Derecho inglés y, en concreto, de la influencia de este Derecho en el ordenamiento comunitario.⁹⁴⁰ Sí se ha de

⁹³⁹ B. PASTOR BORGONÓN/ E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993.

⁹⁴⁰ Entiendo, sin embargo, que los resultados presentarían un interés indudable, dado que la gran revolución en materia cautelar, en lo que respecta a las relaciones entre el juez europeo y los jueces nacionales, surge precisamente a raíz de un conflicto jurídico gestado en el Reino Unido. Además, categorías como la ponderación de intereses y el especial tipo de argumentación y razonamiento del

destacar, sin embargo, la relevancia del criterio del *fumus boni iuris* en este Derecho. Así, el parámetro que emplea el juez para decidir la idoneidad o no de la medida es el denominado *balance of convenience*, o ponderación de intereses⁹⁴¹, en el que la apariencia de buen derecho de los argumentos esgrimidos por las partes desempeña una destacada función.⁹⁴²

A mayor abundancia se puede indicar que el precedente señero en materia de tutela cautelar en el Reino Unido es el denominado *American Cyanamid Co. V. Ethicon Ltd* ⁹⁴³ de 1975 (el mismo año que el asunto *Johnson*). En este caso el juez, Lord Diplock, trató de separarse del criterio del *fumus boni iuris*, por entender que, en realidad, favorecía el prejuicio de la cuestión de fondo.⁹⁴⁴ Resulta cuanto menos interesante observar que, en ese mismo año, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, en el auto *Johnson* que se ha mencionado, tuvo en consideración por vez primera el criterio del *fumus boni iuris*. ¿Casualidad o voluntad? En cualquiera de los supuestos, el asunto *Johnson* habría de indicar al juez inglés que no era el momento adecuado para separarse

Tribunal en estas materias, presentan grandes paralelismos en ambos sistemas, el inglés y el comunitario.

⁹⁴¹ Algún autor ha discutido la identidad de los criterios del *balance of convenience* y de la ponderación de intereses. Cfr. I.C.M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 24. Entiendo que las dificultades para admitir dicha identidad derivan de la pluralidad de acepciones que admite la ponderación de intereses, hecho que ha generado confusión en todos los ordenamientos. Así, existen fundamentalmente dos interpretaciones. Una se puede considerar más tradicional e identifica la ponderación con un tercer requisito o condición para la adopción de las medidas cautelares, permitiendo la desestimación de la pretensión cautelar por razones de interés general o público aun en los casos en los que concurren el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. La segunda interpretación, acorde con la moderna concepción del contencioso, asocia la ponderación de intereses a un tipo de argumentación que ha de realizar el juez cautelar, mediante la cual se sopesan los efectos positivos y negativos de la medida cautelar para todos los posibles intereses afectados. El *balance of convenience* inglés parece reflejar esta segunda acepción.

⁹⁴² V. sobre todo ello I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Judicial review y justicia cautelar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 87.

⁹⁴³ (1975) AC 396. Este precedente se utiliza, además, en otros ordenamientos de *common law*, como es el irlandés.

⁹⁴⁴ I. DEL GUAYO CASTIELLA, cit., p. 87.

del *fumus*, dado que precisamente estaba cobrando una importancia de la que antes carecía en el contexto comunitario. El apartarse de forma consciente de dicho criterio habría de tener, por tanto, un significado.

3.- El significado del *fumus* : protección de los poderes públicos vs. protección de las garantías individuales

Un sector de la doctrina francesa considera que el criterio del *fumus boni iuris* favorece las prerrogativas tradicionales de los poderes públicos, por cuanto rara vez se estima que las alegaciones del particular justifican la medida cautelar. Además, por lo general, el *fumus* se ha considerado una condición cumulativa, de manera que de aplicarse no serviría sino para desestimar la pretensión cautelar.⁹⁴⁵ Esta aseveración se justifica afirmando que, en principio, toda intervención de la Administración Pública es susceptible de provocar un daño en la esfera jurídica del particular y que si ello viene amparado por una norma no es jurídicamente condenable, a pesar de que en principio el particular pueda oponer la aplicación de otra norma. La suspensión de la actividad administrativa supondría un perjuicio para los intereses públicos, razón por la cual la admisión de la concurrencia del criterio del *fumus boni iuris* no suele ser frecuente.

El *fumus* sólo contribuirá a la estimación de la demanda en los supuestos en los que se haya de proteger al particular frente a una arbitrariedad de la Administración, manifestada en la susceptibilidad del acto administrativo de ser anulado.⁹⁴⁶

La postura defendida por estos autores se encuentra vinculada a un contexto más general, ya que reproduce la estructura del contencioso-administrativo, al menos en lo que a Francia se refiere. La intención es preservar los privilegios tradicionales de los

⁹⁴⁵ J.-M. FÉVRIER afirma que “[l]a expresión de la condición parece al mismo tiempo reciente e incierta. Más allá de esta apariencia, corresponde a una voluntad jurisprudencial bien establecida de protección del poder público y de su potestad de decisión unilateral”. Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit., p. 380,

⁹⁴⁶ Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit., p. 382: “Así, la voluntad de proteger a los particulares frente a la arbitrariedad de la Administración que puede derivarse del desconocimiento del Derecho justifica la existencia de esta condición”.

actos administrativos, exigiendo por ello la paralización de la actividad de la Administración venga acompañada de una serie de garantías, tanto para los intereses públicos como para los intereses privados en juego.

El análisis que los jueces franceses realizan del *fumus* es exhaustivo, prácticamente equiparable al estudio de la cuestión de fondo, y esta circunstancia puede justificar las reticencias de la doctrina para aceptar este criterio. Se ha de reconocer que, en efecto, la aplicación del *fumus* introduce un fuerte vínculo con la pretensión de fondo y, como señala la doctrina, las alegaciones sobre el *fumus* son las utilizadas por los justiciables para acelerar la cuestión de fondo o para prever cuál será el tenor de la sentencia definitiva.⁹⁴⁷ Sin embargo, el contexto socio-procesal actual, como decíamos, exige cada vez más la superación de las barreras impuestas tradicionalmente al prejuicio del fondo. En la medida en que la decisión judicial sea cercana o coincidente con la resolución final o sobre el fondo, la protección de las prerrogativas del poder público ha de pasar necesariamente a un lugar secundario, dado que, superada la fase de las presunciones, el control judicial ha de ejercerse hasta sus últimas consecuencias. El miedo al *fumus*, por lo tanto, también debe desaparecer.

En España, a diferencia del caso francés, el *fumus* parece considerarse en la doctrina y la jurisprudencia como un elemento que, en principio, beneficiaría al particular. Esto es así debido a que en nuestro país se ha vinculado tradicionalmente al desarrollo de la tutela cautelar derivada del art. 24 de la Constitución. En concreto, como se vio, su aplicación por la jurisprudencia comienza con una relectura del art. 122 de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que, como es sabido, sólo se refería al *periculum in mora*, si bien que relacionado con la ponderación de intereses que contemplaba la Exposición de Motivos a dicha ley.

⁹⁴⁷ Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit., pp. 379ss.

Pese a las aparentes divergencias, la reflexión de fondo en ambos ordenamientos puede considerarse muy parecida, y las diferencias sólo surgen a raíz de una diversa configuración externa del criterio al que nos referimos. En efecto, mientras que en Francia la versión tradicional del *fumus* es de carácter positivo, esto es, se exige demostrar con un elevado grado de credibilidad la adecuación a Derecho de la pretensión, en España la formulación suele vincularse a la teoría de las nulidades, esto es, con actuaciones de la Administración que presentan irregularidades epatantes. Esta circunstancia presenta ciertos interrogantes, que se analizará más adelante, y que guardan relación con el eventual solapamiento entre el examen de admisibilidad de la demanda (en el que las irregularidades epatantes habrán sido previamente objeto de estudio) y el juicio cautelar, ámbito en el que parece exigirse que se realice un examen de similares características.

Con todo ello se puede afirmar que el *fumus* francés, en su concepción tradicional, apenas coadyuvaba a la adopción de la medida cautelar, dado que el particular rara vez podía vencer *prima facie* la presunción de legalidad del acto administrativo que impugnaba. En este sentido, la participación del *fumus* se consideraba que actuaba en contra de la medida cautelar solicitada. También en España se deduce del examen de la jurisprudencia que el *fumus* coadyuva, por lo general, a la desestimación de las medidas cautelares solicitadas por el particular.

Constatada la existencia del *fumus* y de la interpretación “negativa” que lo acompaña, las reclamaciones en pos de un mayor protagonismo del *fumus* en realidad abogan por una mutación del contenido de este criterio. Así, el juez no habría de analizar someramente las irregularidades epatantes o la absoluta falta de fundamento, algo que habrá realizado probablemente en una fase previa o que, de ser algo obvio, no tendrá reparo en estudiar en el juicio cautelar. Lo que se propone por quienes exigen un mayor protagonismo del *fumus* es, en realidad, un contenido diferente, posiblemente cercano a ciertos supuestos del modelo alemán, en los que, como se verá, el juez

procede a indagar de forma casi exhaustiva la adecuación a Derecho de las pretensiones.

Como decía más arriba, el papel del *fumus* en Alemania es más reducido en otros ordenamientos y siempre se vincula a la ponderación de intereses. Por esta razón se considera que el *fumus* redundaría en un adecuado desarrollo del proceso cautelar que en cierta manera prepara la resolución definitiva del pleito. En la medida en que la ponderación de intereses se rige, por lo general, por la evaluación de las perspectivas de éxito de las diversas pretensiones⁹⁴⁸, se considera que con ello se garantiza un correcto funcionamiento de la administración de justicia, dado que se trata de evitar, en la medida de lo posible, discordancias entre la resolución cautelar y la de fondo. Esta valoración temprana y provisional puede favorecer, en principio, al particular, ya que se le ofrece la posibilidad de satisfacer de esta manera sus pretensiones, en tanto no se dicte la sentencia definitiva. Este es el sentido de la discusión concerniente a la prohibición del perjuicio sobre el fondo del asunto. A pesar de que la doctrina mayoritaria no admite el perjuicio de fondo, sí lo hace en ciertos supuestos, a modo de excepción, en aras a garantizar la tutela judicial efectiva recogida en el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn. En determinados supuestos, se sostiene, sólo el perjuicio del fondo y la satisfacción provisional de la pretensión deducida en juicio permitirá que el mencionado derecho fundamental despliegue todos sus efectos.⁹⁴⁹

En fin, en lo que al Derecho comunitario se refiere, la situación es compleja, aunque probablemente no lo es más que la de los ordenamientos nacionales estudiados. La complejidad deriva de la naturaleza bicéfala del Tribunal de Justicia, que conoce de recursos directos, pero que también vela por una equiparable aplicación del Derecho comunitario en los Estados Miembros, en especial en las jurisdicciones nacionales. Así,

⁹⁴⁸ A diferencia, por tanto, de otros ordenamientos, especialmente el español, en que la ponderación hace referencia fundamentalmente al perjuicio para los diversos intereses en juego.

⁹⁴⁹ Al respecto, considerando que las excepciones constituyen, en realidad, la regla, v. F. SCHOCH, cit., pp. 1400ss.

en tanto que órgano jurisdiccional constitucional que asegura el respeto del ordenamiento jurídico comunitario, en buena medida mediante el diálogo con otros jueces, su jurisprudencia ha pretendido garantizar una cierta uniformidad de criterios en todo el territorio abarcado por su jurisdicción. En este sentido, resulta difícil deslindar cuál es la línea rectora, preferente sobre las demás, de las sentencias que responden cuestiones prejudiciales sobre tutela cautelar. En ellas ha coexistido tradicionalmente el celo por garantizar la efectividad del Derecho comunitario, favoreciendo así las prerrogativas del legislador y la Administración comunitarios (su efecto útil), y la necesidad de proteger los derechos que los particulares reciben del ordenamiento comunitario⁹⁵⁰ y que en ocasiones pudieran verse vulnerados por la intervención de los poderes públicos. El *fumus* en este contexto parece decantarse en cierta medida a favor de la conservación de la eficacia de la norma o acto comunitarios, toda vez que se exige la alegación de serias dudas sobre la legalidad de la medida adoptada⁹⁵¹, criterio que, como en el Derecho francés, exige un principio de prueba más gravoso que en otros supuestos.

En los casos en los que el Tribunal de Justicia ha de resolver recursos directos, la cuestión se torna algo más complicada, dado que, como en el Derecho interno, la aplicación de los criterios de adopción de las medidas cautelares se hace depender, en buena medida, del ámbito de Derecho material en que se desarrolle el pleito. A reserva de la explicación que ulteriormente se ofrecerá sobre este particular, resulta pertinente desde estos momentos la remisión al pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Artegodan*.⁹⁵² En esta sentencia el alto órgano jurisdiccional recuerda que, en

⁹⁵⁰ Como ya se expuso, esta protección habría de encuadrarse dogmáticamente en un derecho comunitario a la tutela judicial efectiva.

⁹⁵¹ Criterio establecido en el asunto *Zuckerfabrik Süderdithmarschen/ Zuckerfabrik Soest contra Hauptzollamt Itzehoe/Hauptzollamt Paderborn*, de 21 de febrero de 1991, (as.ac. C-143/88 y C-92/89, Rec. 1991, p. I-415) y reiterado con posterioridad.

⁹⁵² Cfr. auto del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2002, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Artegodan GmbH*, C-440/01 P(R), Rec. 2002, p. I-1489, par. 91.

ciertos ámbitos, las autoridades comunitarias disponen de un elevado grado de apreciación y que, por ello, la intervención judicial, especialmente en la fase cautelar, será de mínimos. En concreto, el Tribunal afirma que sólo actuará en los supuestos en los que concurra un error manifiesto o una desviación de poder, o bien en los casos en los que la Comisión haya rebasado manifiestamente los límites de su facultad de apreciación. Por lo tanto, para hallar el equilibrio entre privilegios y garantías se ha de diferenciar, de nuevo, entre los diversos ámbitos materiales, atendiendo a cada conflicto concreto.

4.- La restricción normativa a ámbitos específicos del Derecho procesal y del Derecho material

El *fumus*, al igual que la urgencia, no desempeña el mismo papel en todas las medidas cautelares ni en todos los ámbitos materiales en los que se aplica. El legislador ha previsto supuestos específicos en los que ha dotado de especial relevancia a este criterio, o bien ha optado por interpretarlo de manera diferente a su sentido usual. El diverso tratamiento, en fin, puede venir originado por el desarrollo jurisprudencial, atendiendo a razones de índole procesal o material.

En España, las diferencias en el *fumus* lo son desde un punto de vista procesal y no material. Además del régimen ordinario del art. 130 LJ, la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 recoge en su art. 136 un novedoso régimen de tutela cautelar para los supuestos de inactividad de la Administración y de vía de hecho, régimen privilegiado y construido sobre la base de una interpretación del *fumus* favorable a la adopción de la medida cautelar. El precepto indicado, cuya aplicación práctica, especialmente en la alta jurisprudencia⁹⁵³, resulta todavía bastante escasa, parte de la base de que en los supuestos en él contemplados la irregularidad de la actuación

⁹⁵³ En este supuesto se pone claramente de manifiesto la necesidad de realizar un exhaustivo estudio de la jurisprudencia "menor" en materia de tutela cautelar.

administrativa es tan patente que sólo su prueba en contrario podrá evitar que se adopte la medida cautelar.

Como ya indiqué, entiendo que los criterios de adopción para uno y otro tipo de medidas cautelares – las ordinarias del art. 130 y las especiales del 136 – son idénticos. A diferencia de ciertas opiniones doctrinales, no considero que las medidas adoptadas en los recursos por inactividad o por vía de hecho se hayan de regir por el criterio del *fumus boni iuris*, mientras que el resto de medidas, es decir, las ordinarias, lo hayan de hacer por el del *periculum in mora*. La ponderación de intereses a que hace referencia el art. 130 LJ, de aplicación para todas las medidas cautelares, exige que en todos los casos se hayan de considerar tanto la urgencia como la apariencia de buen derecho de la pretensión. Ello es así en función de la teoría general de la tutela cautelar que la ley de la jurisdicción recoge. De no entenderlo así, el criterio de la ponderación de intereses quedaría vacío de contenido. Además, en ningún lugar del articulado se establece expresamente que las medidas ordinarias se hayan de adoptar desde el punto de vista del *periculum in mora*, sino que ello ha sido fruto de una interpretación del articulado y, en principio, no estaría justificado eliminar *a radice* otros criterios, como es el *fumus*. La alusión al mismo en el art. 136 LJ no ha de interpretarse *a contrario* como una eliminación de su aplicación para las medidas ordinarias, sino más bien como una precisión, como una presunción a favor de la ilegalidad de la situación y como una aligeración de la carga de la prueba.

Además del régimen general establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, existen regímenes singulares en ciertos sectores del ordenamiento. Así, en lo que al Derecho tributario se refiere, el Tribunal Supremo considera que el *fumus boni iuris* no desempeña ningún papel en este ámbito, destacando la importancia de las garantías o fianzas.⁹⁵⁴ Sólo en ciertos supuestos resultaría de

⁹⁵⁴ Véase a título de ejemplo la STS de 7 de abril de 1997, Ar. 1997/3306, Ponente: Goded Miranda, que remite a su vez a la sentencia del mismo Tribunal de 2 de febrero de 1994, Ar. 1994/1328, según la cual “en las reclamaciones económico-administrativas la obligación de suspender que reglamentariamente se impone a la

aplicación el criterio del *periculum in mora*, pero únicamente en unos estrictos márgenes.⁹⁵⁵

En Francia existen diferencias tanto desde un punto de vista procesal como desde un punto de vista material. En primer lugar, la suspensión de los actos administrativos (art. L. 521-1 CJA) se supedita, además de al criterio de la urgencia, a la existencia de serias dudas en cuanto a la legalidad de la decisión. Por su parte, el *référé-liberté* (art. L. 521-2 CJA) se adopta en los supuestos de una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental. Probablemente estos casos resulten próximos a la teoría de las nulidades en el Derecho español, debido precisamente a las categorías de gravedad y de ilegalidad manifiesta, que caracterizan asimismo los máximos vicios en que pueden incurrir los actos administrativos. El *fumus* de la suspensión, por su parte, parece más cercano a la categoría de la anulabilidad, razón por la cual el juez habrá de ser más cauteloso, si cabe, en su apreciación.

En algunos supuestos, la ley no exige la apariencia de buen Derecho, como es el caso del *référé conservatoire*, el *référé-instruction* o el *référé-constatation*. En el *référé conservatoire* (art. L. 521-3 CJA) se hace referencia a la urgencia que justifique la adopción de

Administración Tributaria (...) descansa únicamente en el afianzamiento o garantía de la deuda tributaria, y, en ningún caso, en la apariencia de buen derecho (FJ 4º). Cfr. sobre esta cuestión R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Apariencia de buen derecho y suspensión en vía contenciosa de actos de carácter tributario*, en "Libro Homenaje a Jesús González Pérez", Civitas, Madrid, 1993, vol. II, pp. 1153ss.

⁹⁵⁵ Como ya se indicó entonces, la dificultad tradicional para aceptar el *periculum in mora* en el ámbito tributario derivaba de la reticencia de los jueces a aceptar como *periculum* un perjuicio de naturaleza estrictamente económica. A medida que dichas reticencias se fueron superando, la operatividad del *periculum* en este ámbito del ordenamiento fue aumentando. Hasta la última reforma de la Ley General Tributaria, su art. 81, apart. 4 contemplaba un parámetro objetivo de lo que pudiera considerarse el *periculum in mora* en las sanciones tributarias. Así, se establecía que "*procederá la suspensión de la ejecución de la sanción cuando dicha ejecución afectara sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva o de los servicios y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva. Se entenderá que afecta sustancialmente cuando la sanción a garantizar exceda del 15 por 100 del patrimonio o de los fondos propios del sujeto pasivo*" (el subrayado es mío). La mora procesal en este caso concreto implicaba que durante el tiempo necesario para adoptar la resolución de fondo se había de evitar la puesta en peligro, de carácter irreparable, de la actividad económica de que se tratara. La ley preveía, además, a pesar de no expresarlo de este modo, qué había de considerarse "perjuicio irreparable": los supuestos en los que la sanción excediera del 15% del patrimonio o de los fondos propios del sujeto pasivo.

cualquier medida útil, obviando la exigencia del *fumus boni iuris*. Por su parte, el *référé instruction* (art. R. 532-1 CJA) y el *constat* o *référé constatation* (art. R. 531-1 CJA) son medidas tendentes principalmente a asegurar la prueba y no exigen una apariencia de buen derecho, en tanto se refieren a hechos y no a alegaciones jurídicas.

Finalmente, en el *référé provision* (arts. R 541-1ss.) no existen alusiones al criterio del *periculum in mora*, sino que se exige simplemente que el deudor no presente alegaciones serias respecto de la existencia de la deuda. Constatada la deuda, y sin analizar si el retraso en el pago de la misma puede estar de alguna manera justificado, el juez adoptará la medida consistente en ordenar el inmediato pago de la cantidad adeudada. La tendencia a omitir el criterio de la urgencia, preteriéndolo a favor del *fumus* se aprecia también en la regulación de las medidas cautelares aplicables a procedimientos contenidos en leyes especiales (el Código general de las colectividades territoriales, el Código de urbanismo - que remite su regulación en este aspecto al primero -, el Código de la sanidad pública, la ley relativa a la protección del medio ambiente o la ley relativa a la organización y a la promoción de las actividades físicas y deportivas). Con ello se consolida una tendencia que forma parte de la tradición francesa, pero que parece querer avanzar aún más en su implante.

En Alemania también el punto de partida del *fumus* difiere según el contexto procesal. Como se vio, la suspensión y el resto de medidas cautelares se regulan en apartados diferentes y, pese a la insistencia de la doctrina en una unificación de criterios, también se adoptan en función de parámetros diferentes. Esta disparidad de regímenes viene acompañada de especialidades en el Derecho material. Así, por ejemplo, en el Derecho de extranjería desempeña un lugar importante la manifiesta falta de fundamento de los recursos frente a las demandas de expulsión⁹⁵⁶, criterio que ha

⁹⁵⁶ V. al respecto A. HAMANN, *Der vorläufige Rechtsschutz in der praktischen Anwendung. Ausländerrecht*, en K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., pp. 481ss.

sido objeto de una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.⁹⁵⁷ La manifiesta falta de fundamento también es el criterio a seguir en las solicitudes de suspensión de las denegaciones de asilo.⁹⁵⁸ En el Derecho de urbanismo se invierte la tendencia que caracteriza el contencioso alemán. Así, pese a ser este un modelo de corte subjetivo, la tutela cautelar en asuntos de urbanismo reviste un cierto carácter objetivo, en la medida en que el juez entra a analizar la legalidad del acto impugnado, pretiriendo en cierta manera el estudio de las posiciones subjetivas de las partes.⁹⁵⁹ Ello es importante en lo que al *fumus* se refiere, dado que el parámetro de identificación del mismo varía indefectiblemente.

En Derecho comunitario las condiciones de adopción de las medidas cautelares no varían desde un punto de vista procesal: tanto la suspensión como el resto de medidas responden a los criterios establecidos en los Reglamentos de Procedimiento de los órganos jurisdiccionales comunitarios. Ello no obstante, desde un punto de vista material las diferencias son patentes. Así, la jurisprudencia del Tribunal ha identificado ámbitos en los que la apreciación del *fumus* puede resultar especialmente ilustrativa y ha establecido diferencias en cuanto a su contenido. Así, en supuestos como la solicitud de concesión de una provisión alimentaria, el Tribunal de Justicia ha sido muy exigente y ha aplicado un *fumus* agravado consistente en una fuerte presunción de que el recurso principal se presente como manifiestamente fundado. Idéntica situación es la existente en el Derecho de la Competencia, en especial en lo referente al control jurisdiccional de las medidas provisionales adoptadas por la Comisión. Sin embargo, si lo solicitado no afecta a las arcas comunitarias, el Tribunal ha empleado un baremo más liviano, que

⁹⁵⁷ Buena parte de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* sobre tutela cautelar se ha desarrollado en el contexto material del Derecho de extranjería.

⁹⁵⁸ Cfr. A. HAMANN, cit., p. 496.

⁹⁵⁹ Cfr. V. EWER, *Zur Bedeutung der Beurteilung der objektiven Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung bei der Entscheidung über einen Sofortvollzugsantrag nach § 80a Abs. 1 und Abs. 3 VwGO*, SchlHAnz. 1992, parte A, p. 201. Apud K. FINKELNBURG, *Der vorläufige Rechtsschutz in der praktischen Anwendung Baurecht*, en K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., pp. 501ss. [501].

implica verificar que la demanda no se encuentra manifiestamente desprovista de fundamento.⁹⁶⁰ Además, el legislador comunitario ha elaborado normas en las que se prevé un específico tratamiento de la apariencia de buen derecho, de interés a nuestros efectos.

II.- ESTRUCTURA DEL *FUMUS*. HACIA UNA TEORÍA PRIVATIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como se ha ido exponiendo, las acepciones del *fumus* son muchas y variadas, generando una panoplia de modalidades de aplicación de dicho criterio en el juicio cautelar. Ello es debido, no en última instancia, a la circunstancia de que el Derecho positivo no suele contemplar y desarrollar este elemento, sino que han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han elaborado un cuerpo dogmático sobre esta categoría jurídica, apegada a los contextos fácticos en los que ha de aplicarse.

Se trata, además, de una condición que surge dogmáticamente en el Derecho procesal privado y que recibe el Derecho procesal público, tanto el administrativo como el constitucional. A pesar de las diferencias entre los sectores del ordenamiento jurídico, el traslado de las interpretaciones en materia de tutela cautelar entre todas las ramas parece realizarse sin mayores complicaciones. Así, por ejemplo, los administrativistas españoles parten de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que a la teoría de las medidas cautelares y su relación con el principio de presunción de validez y ejecutividad de los actos administrativos se refiere.⁹⁶¹ También en Alemania y Francia esto es así, en lo que respecta al estatuto constitucional de las medidas cautelares, si bien, como se ha visto, la influencia de la jurisprudencia constitucional en esta materia es criticada en la doctrina germana por voces autorizadas.

⁹⁶⁰ Cfr. B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, cit., pp. 87ss.

⁹⁶¹ Ello es debido no sólo al carácter de norma suprema de la Constitución, sino también a la especial concepción del Derecho Administrativo como Derecho Constitucional de lo concreto. A esta cuestión me referí en el Capítulo 4, correspondiente al estatuto constitucional de las medidas cautelares.

Por su parte, algunos estudiosos del Derecho Procesal Constitucional realizan la operación inversa, acudiendo a la normativa contencioso-administrativa y a las obras doctrinales en la materia para apoyar sus conclusiones sobre la tutela cautelar ante el Tribunal Constitucional.⁹⁶²

Pese a que, en principio, estas influencias mutuas pueden resultar necesarias e incluso útiles para un adecuado desarrollo de la institución, cada disciplina requiere un estudio independiente de cada uno de los criterios. Ello no es debido a un prurito académico, quizás sujeto a acusaciones de proteccionismo, sino que su origen se encuentra en el Derecho positivo y en la propia organización de la jurisdicción en los ordenamientos jurídicos que se comparan. En efecto, la existencia de un orden jurisdiccional propio para los conflictos derivados de la actividad de las Administraciones Públicas, así como las peculiaridades procesales determinadas por los tradicionales privilegios de dichos entes públicos, justifican un tratamiento diferenciado de esta materia.

⁹⁶² En España véase especialmente la monografía del procesalista J. VECINA CIFUENTES, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 1993, donde se llega a afirmar, en la página 214, refiriéndose a la inexistencia de suspensión automática en los procesos de amparo constitucional, que “ello no es óbice para poder reclamar en vía de amparo constitucional – a pesar de que sobre este concreto extremo la jurisprudencia constitucional ha guardado silencio – la doctrina elaborada por el propio TC en el marco del proceso administrativo ordinario (...)”. Entiendo que se puede estar refiriendo a regímenes especiales en los que sí se ha previsto en ocasiones una suspensión automática, como son los existentes en materia sancionatoria y tributaria. Las características del *fumus* en los procesos constitucionales vienen determinadas por el propio contexto procesal en el que la adopción de la medida cautelar tiene lugar. En concreto, el Tribunal Constitucional español exige que se realice un juicio de probabilidad sobre la aparente existencia del derecho o libertad cuya tutela se solicita (exigencia de profundas reminiscencias germanas), así como sobre la eventual inconstitucionalidad del acto o disposición recurrido en amparo. Cfr. por ejemplo el ATC 289/1982, de 29 de septiembre. Las enseñanzas que el Derecho Administrativo puede extraer de la doctrina constitucional en este concreto aspecto son, entiendo, limitadas, dado que las situaciones jurídicas protegibles ante la jurisdicción contenciosa son algo diversas y porque las pretensiones dilucidadas en la justicia administrativa difieren, al menos parcialmente, del tipo de argumentación que conlleva el juicio de inconstitucionalidad. No obstante, sí creo que pueda considerarse de aplicación la jurisprudencia relativa a elementos procesales más concretos, como son los modos de acreditación del *fumus*, si bien la propia doctrina constitucional, de nuevo, se remite en este ámbito a las consideraciones realizadas en el contexto del Derecho procesal contencioso-administrativo. Cfr. J. VECINA CIFUENTES, *Las medidas...*, cit., p. 228.

Para el estudio independiente del *fumus*, se presentará, en primer lugar, cuál es la teoría general del mismo, teoría que ha sido desarrollada por la doctrina procesalista, señaladamente en el marco del Derecho Procesal Privado. A continuación se expondrá la que puede considerarse una de las características propias del *fumus* en el contencioso-administrativo, al menos en ciertos ordenamientos, a saber, su vinculación con la teoría de las nulidades. Para ello se analizarán las semejanzas y divergencias que, en lo que a la nulidad se refiere, presentan los ordenamientos comparados. Ello permitirá deslindar cuál es la operatividad de la teoría de las nulidades en la tutela cautelar. Finalmente, en apartados diferenciados, se indagará sobre los diferentes significados del *fumus* en función de su aplicación jurisprudencial en los distintos contextos procesales y materiales.

1.- Teoría general del *fumus*

Llama la atención el hecho de que uno de los especialistas de la tutela cautelar, CALAMANDREI, en su reiteradamente citada obra, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, apenas dedique dos páginas al tratamiento del *fumus*. El *fumus*, o “apariencia del derecho” (*apparenza del diritto*), se inserta en el estudio del objeto de la cognición cautelar, tras el análisis del concepto de *periculum in mora* y del criterio de la instrumentalidad del procedimiento cautelar con respecto al procedimiento principal, todo ello bajo el epígrafe de “Caracteres de los procedimientos cautelares”.

En una fórmula que ha hecho fortuna, y a la que buena parte de los autores hacen referencia, el profesor florentino escribió en su día que “la cognición cautelar se limita en todo caso a un juicio de probabilidad o de verosimilitud”.⁹⁶³ El juez realiza un cálculo de probabilidades, sin que haya de preocuparse por una eventual convalidación en una resolución judicial posterior, lo que quiere decir que la resolución principal no subsana

⁹⁶³ P. CALAMANDREI, cit., p. 63.

la resolución cautelar, por cuanto ambos procedimientos versan sobre objetos diferentes.⁹⁶⁴ En el procedimiento cautelar se ha de evaluar una hipótesis, una apariencia de derecho, no el derecho en sí mismo considerado. Por su parte, en el procedimiento definitivo, el juez conoce de la existencia misma de dicho derecho, sin necesidad de volver sobre la resolución cautelar, quedando ésta anulada y, en su caso, generando la responsabilidad prevista por el legislador.

Esta precisión presenta importancia desde el punto de vista de las consecuencias de cada resolución. Así, en los supuestos en que la resolución final difiera del resultado de la resolución provisional, ello no debe considerarse una actuación ilegítima del órgano jurisdiccional.⁹⁶⁵ Sin embargo, existe indudablemente un riesgo determinado por la prontitud y la celeridad con que ha de adoptarse la resolución cautelar.⁹⁶⁶ El problema que se deriva de esta situación es, lógicamente, la determinación de quién deba acarrear con dicho riesgo, cuestión ésta que ha generado ya algún estudio monográfico. En efecto, la obra del profesor alemán SCHOCH que he citado en reiteradas ocasiones gira precisamente en torno al concepto de riesgo en la tutela cautelar, identificando lo que el autor denomina “constelaciones fácticas”, expresión que remite a diversos supuestos de Derecho material en los que dicho riesgo se reparte de forma diferenciada.

En España, la doctrina procesalista coincide en exigir, siguiendo a CALAMANDREI, un juicio de probabilidad o verosimilitud⁹⁶⁷ de la existencia de un

⁹⁶⁴ P. CALAMANDREI, cit., pp. 63ss.

⁹⁶⁵ CALAMANDREI insiste en este punto, reiterando el argumento en diversos apartados de su obra. Cfr. especialmente, en el libro citado, las páginas 72 y siguientes.

⁹⁶⁶ CALAMANDREI incluye bibliografía al respecto en la p. 74 de la obra citada.

⁹⁶⁷ Como constata M ORTELLS RAMOS, la doctrina mayoritaria, a excepción de SERRA, defienden que dicho juicio ha de estar referido a la probabilidad o verosimilitud. SERRA, por el contrario, sostiene que el derecho es considerado como cierto y existente en esta fase del procedimiento, a reserva de los resultados que aporten las diversas alegaciones y pruebas. Cfr. M. ORTELLS RAMOS, *Las Medidas Cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, p. 167; M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general de las medidas*

derecho. También el Derecho procesal constitucional se refiere a un juicio de probabilidad sobre la existencia del derecho o libertad cuya vulneración se alega. Sin embargo, esta es ya una de las diferencias con la tutela cautelar en el contencioso-administrativo, dado que, si bien la vulneración de derechos es una de sus más importantes manifestaciones, no es la única, ya que este orden jurisdiccional también vela por el respeto de la legalidad objetiva de la actuación administrativa, así como por la protección de situaciones jurídicas no necesariamente coincidentes con la figura del derecho subjetivo en el sentido procesal del término.

En otro orden de cosas, el tratamiento del *fumus* en la doctrina procesal civilista adolece de un enfoque particular propio del contexto material en que se adoptan las medidas cautelares en el ámbito privado y que no siempre es trasladable al contencioso-administrativo. Así, cuestiones como la “determinación de la situación jurídica cautelable”⁹⁶⁸ y las especialidades en lo que a la prueba documental (provisional)⁹⁶⁹ se refiere han sido preocupaciones constantes de la doctrina durante largo tiempo y, en cierta manera, han sido mitigadas en España por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.⁹⁷⁰ Se ha de indicar, no obstante, que este enfoque “particularista” se ha visto afectado de forma positiva por dicha ley, que establece que el juez realiza “un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión”⁹⁷¹, expresión

cautelares, en M. SERRA DOMÍNGUEZ/ F. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, p. 37.

⁹⁶⁸ La determinación de la situación jurídica cautelable alude al objeto de la tutela cautelar y, por ello, en este contraste entre el Derecho Procesal privado y el contencioso-administrativo, presenta el mismo tipo de particularidades que las señaladas en el párrafo anterior al comparar el objeto de la tutela cautelar administrativa y constitucional.

⁹⁶⁹ La prueba documental conserva un gran protagonismo, pero pierde la exclusividad que la había caracterizado hasta la entrada en vigor de la nueva ley.

⁹⁷⁰ M. ORTELLS RAMOS, cit., pp. 168ss. Antes de la aprobación de la nueva ley se discutía fundamentalmente qué tipo de situaciones jurídicas justificaban la adopción de las medidas cautelares y, en lo que a los medios de prueba de la situación jurídica se refiere, casi con carácter exclusivo se admitía la prueba documental, algo que había suscitado críticas en la doctrina.

⁹⁷¹ Art. 728.2 LEC.

necesariamente más amplia que la regulación anterior y que permitiría, quizás de manera más fácil, trasladar el régimen jurídico procesal privado al ámbito del procesal público y, en concreto, al contencioso-administrativo. Con la antigua redacción existía una relación entre las situaciones jurídicas y las medidas cautelares que se podían adoptar, estando las primeras especificadas en la normativa aplicable. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha eliminado esta cortapisa y se rige por el principio más general de la adecuación entre la pretensión procesal y la medida cautelar⁹⁷², criterio éste que, como se vio, es una de las características que con carácter general, en todos los sectores del ordenamiento, rigen para las medidas cautelares.⁹⁷³

Ya en el marco del contencioso-administrativo y, más concretamente, en el ordenamiento francés, el *furus* se ha admitido siempre con cierto recelo, dado que su aplicación se ve amenazada por el fantasma de la prohibición de prejuzgar el fondo.⁹⁷⁴ En el ámbito del tradicional *référé* resulta cuanto menos curioso el hecho de que dos expresiones, la prohibición de prejuzgar el fondo y la ausencia de contestación seria a la demanda, se hayan considerado históricamente como criterios opuestos e irreconciliables, sucedidos en el tiempo, fruto de distintas reformas normativas y muestra de distintas opciones jurídico-procesales.⁹⁷⁵

Considerando lo anterior se ha de indicar que, durante largo tiempo, el *référé* administrativo siguió un régimen distinto al *référé* civil, al menos en lo que a los criterios de adopción se refiere. En 1975 en el ámbito civil se introdujo el criterio de la “ausencia

⁹⁷² M. ORTELLS RAMOS, cit., p. 175.

⁹⁷³ M. ORTELLS RAMOS, cit., p. 178.

⁹⁷⁴ Se han de recordar aquí las consideraciones del profesor CHAPUS que se reproducían más arriba en nota a pie de página y que se referían al análisis demasiado profundo que realizaba el juez cautelar en la apreciación del *furus* antes de la reforma del Código de Justicia Administrativa. C. CHINCHILLA también plasma este debate en *La tutela cautelar...*, cit., pp. 88ss.

⁹⁷⁵ Reiterando, la doctrina habla de “sustitución” de un criterio por otro. Cfr. C. CHINCHILLA, *La tutela cautelar...*, cit., p. 88.

de contestación seria”, mientras que el ámbito administrativo se aferraba a la prohibición de prejuzgar el fondo, con las consiguientes críticas doctrinales, dado que ello reducía enormemente la aplicación de las medidas cautelares en el contencioso.⁹⁷⁶ En fin, en lo que respecta a la suspensión de actos administrativos - el *sursis à exécution* -, el *fumus* ha tenido una impronta algo mayor, aunque no en demasía, aplicándose siempre con cierta reticencia términos como *moyen sérieux* (alegaciones serias) o *moyen fondé* (alegaciones fundadas), que han sido sustituidos, reitero, por la fórmula más abierta de *doute sérieux* (serias dudas).

Realizadas las anteriores precisiones introductorias, ¿cuál es la estructura del *fumus* en el Derecho francés? Como en otros supuestos, el *fumus* guarda una suerte de relación vicarial con la urgencia – de dependencia de la segunda con respecto al primero -⁹⁷⁷, circunstancia lógica desde el punto de vista de la naturaleza, la función y la razón de ser de las medidas cautelares. De otro lado, su aplicación ha de venir presidida por una de las características que definen la naturaleza de la institución objeto de estudio: la accesoriedad.⁹⁷⁸ En este específico contexto, se exige que sólo si la pretensión principal tiene visos de prosperar, se puede adoptar la medida cautelar, ya que de lo contrario dicha medida no sería accesorio, no guardaría una relación de adecuación con el proceso de fondo. De esta tensión surgen las posibilidades estructurales del *fumus*, según que el juez considere que la decisión provisional ha de vincularse con mayor

⁹⁷⁶ C. CHINCHILLA, *La tutela cautelar...*, cit., p. 88. Se dice que tradicionalmente el Consejo de Estado se ha mostrado reacio a prejuzgar el fondo, en especial si los intereses eventualmente perjudicados son los de los administrados, p. 89. Esta actitud ha afectado especialmente al *référé-provision*, que tardó largo tiempo en ser implantado en el contencioso-administrativo, dado que en la práctica implicaba entrar a conocer del fondo de la cuestión.

⁹⁷⁷ Al respecto, DUGRIP afirma que “[a] pesar de que la urgencia se define como “el riesgo de consecuencias difícilmente reparables”, la suspensión del acto sólo se justifica si existe una contestación seria: la urgencia se debe concretar a través de la existencia de alegaciones serias sobre la anulación. No hay urgencia para detener la acción administrativa a no ser que la protección del derecho o del interés amenazado sea útil o necesario en función de la futura anulación de la decisión”. Cfr. O. DUGRIP, cit., p. 279.

⁹⁷⁸ Cfr. O. DUGRIP, cit., p. 280.

fuerza a uno de ambos elementos (la urgencia o celeridad y el *fumus*). Si se considera que lo necesario es la celeridad, entonces primará la versión del *fumus* como fundamento no dilatorio, es decir, como una pretensión no manifiestamente desprovista de fundamento. Si, por el contrario, se opta por insistir en la accesoriedad, entonces el *fumus* se entenderá como alegaciones serias, prácticamente equivalentes a las alegaciones sobre el fondo del asunto. Si durante una primera época se prefirió la versión vinculada a la urgencia, paulatinamente se ha preferido la relacionada con la accesoriedad⁹⁷⁹, que ralentiza inevitablemente el proceso.

En Alemania, en el estudio del restablecimiento de la ejecutividad del acto administrativo, los jueces realizan un análisis sumario (*summarische Prüfung*) de las pretensiones deducidas en juicio, donde se estudian, entre otras cuestiones, las perspectivas de éxito (*Erfolgsaussichten*) de la demanda principal.⁹⁸⁰ El análisis sumario, como se aprecia en la práctica, puede considerarse que carece precisamente de dicha sumariedad, dado que el juez va pasando revista a las alegaciones de las partes con una extensión tal que recuerda a la propia del procedimiento de fondo.⁹⁸¹ En lo que respecta a otras medidas cautelares distintas de la suspensión, ya se ha indicado cómo el

⁹⁷⁹ Cfr. O. DUGRIP, cit., p. 280.

⁹⁸⁰ En 1967, sin embargo, pocos años después de la adopción de la ley alemana de la jurisdicción contencioso-administrativa, en uno de los primeros trabajos que se ocupó de la materia se afirmaba que las perspectivas de éxito de la demanda, el *fumus boni iuris*, no resultaban de aplicación como criterio de restablecimiento de la ejecutividad del acto administrativo (se ha de recordar que en Alemania la suspensión es automática y, por lo tanto, los criterios de adopción de la medida cautelar se refieren al restablecimiento de la ejecutividad). El autor indicaba que sólo en los supuestos en los que resultara evidente que el recurso se encontraba manifiestamente desprovisto de fundamento podría considerarse que el *fumus* era un criterio relevante. En general remitía a la ponderación de intereses, realizada ya entonces por los jueces del contencioso-administrativo y que ha continuado utilizándose hasta la actualidad. Cfr. W. WIESELER, cit., p. 52. Sin embargo, como se ha reiterado con insistencia, la ponderación esconde, en realidad, la apreciación de los criterios del *fumus* y la urgencia.

⁹⁸¹ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Administrativo Federal, Sección 3ª, de 17 de abril de 1997 [Buchholz 451.512 MGVO Nr. 126], relativa a las cuotas lecheras; el auto del Tribunal Administrativo Federal, Sección 11ª, de 9 de noviembre de 1998, referente a un recurso frente a la destrucción de un tramo de vía ferroviaria; sentencia del Tribunal Administrativo Federal, Sección 2ª, de 20 de marzo de 1998 [DVB] 1998, pp. 647-648].

fumus se esconde bajo la expresión de “justificación de la orden provisional”, válida tanto para las órdenes de aseguramiento como para las de regulación.

El Derecho comunitario, como en el resto de las materias, es heredero de las tradiciones de los Estados Miembros, si bien ha adoptado un estilo propio en lo que a la apreciación del *fumus* se refiere, fruto de una simbiosis de teorías nacionales. En efecto, el Tribunal de Justicia se mueve entre la existencia de unos argumentos fundados⁹⁸² y la ausencia manifiesta de fundamento, versión más liviana en cuanto a las necesidades de prueba se refiere.⁹⁸³ Al entender de algunos autores, se ha producido una evolución en la jurisprudencia del Tribunal, de la primera a la segunda, y más benévola, versión del *fumus*.⁹⁸⁴

El momento de valoración del juez y su concreta relación con el criterio de la urgencia se remite al arbitrio y buen entender de cada órgano jurisdiccional, en función de las peculiares características de cada concreto caso, circunstancia que, por lo demás, coincide con la actitud de otros jueces en Europa. Como recuerda el Tribunal en el asunto *NDC Health Corporation*⁹⁸⁵, el juez de la tutela cautelar ha de verificar si el demandante ha justificado la urgencia, así como los argumentos de hecho y de Derecho que justifiquen a primera vista la adopción de la medida.⁹⁸⁶ Al respecto, el juez dispone de un amplio margen de apreciación, constatado en jurisprudencia anterior del propio

⁹⁸² Algunos autores consideran que éste es el auténtico *fumus boni iuris*. Cfr. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *La tutela cautelar de los derechos con origen en el ordenamiento comunitario*, en la obra colectiva dirigida por el mismo autor “Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa”, pp. 67ss. [pp. 98-99].

⁹⁸³ V. en general el detallado estudio de C. MORVIDUCCI, *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, pp. 705ss.

⁹⁸⁴ V. B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, cit., p. 87.

⁹⁸⁵ Cfr. el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2002, *NDC Health Corporation/NDC Health GmbH & Co. KG v. IMS Health Inc./Comisión*, C-481/01P (R).

⁹⁸⁶ Cfr. párr. 57.

Tribunal⁹⁸⁷, de manera que la valoración del *fumus* - del carácter más o menos serio de las alegaciones de las partes - puede ser realizada en el contexto dogmático de otros criterios tales como la urgencia o la ponderación de intereses.⁹⁸⁸ Como en otros ordenamientos, el esquema estructural de la apreciación de los criterios que justifican la adopción de medidas cautelares no presenta gran claridad. Esta circunstancia, en principio, no ha de ser criticable, dado que este tipo de decisiones se encuentran sumamente apegadas al caso concreto, pero ello tampoco puede permitir que se obvие el requisito de una motivación adecuada.

2.- El *fumus* en el Derecho Administrativo. La teoría de las nulidades

El *fumus boni iuris* es, como se ha visto, un concepto de gran indeterminación, tanto en lo que respecta a su sustrato teórico, como en lo referente a su aplicación práctica y a su lugar en el juicio argumentativo que justifica la adopción o no de la medida cautelar. Debido precisamente a esta indeterminación, en ocasiones se ha tratado de vincular este criterio a teorías consolidadas en otros ámbitos del ordenamiento. Este es el caso, por ejemplo, de la teoría de la nulidad de los actos administrativos, que es utilizada en el Derecho español como asidero para dotar a la aplicación del *fumus* de una cierta objetividad o seguridad jurídica.⁹⁸⁹

⁹⁸⁷ En especial, v. el auto del Presidente del TJCE de 19 de julio de 1995, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Atlantic Container Line AB y otros*, C-149/95 P (R), Rec. 1995, p. I-2165, paradigma de esta postura.

⁹⁸⁸ Vid. fundamentalmente el par. 63, donde el Tribunal se remite a otro pronunciamiento anterior, el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2001, *Austria c. Consejo*, as. C-445/00R, Rec. p. I-1461, par. 110.

⁹⁸⁹ Monográficamente sobre las medidas cautelares y la nulidad de pleno Derecho, v. L. CASES PALLARÉS, *La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo*, REDA 76 (1992), pp. 674ss. Este tipo de operación también se ha realizado en Derecho español en el desarrollo de otra institución jurídica: la vía de hecho y el mecanismo reaccional frente a la misma, los interdictos. La constatación de la vía de hecho y, con ella, la entrada en funcionamiento de la competencia del juez civil mediante los interdictos dirigidos a la Administración han sido durante largo tiempo un caballo de batalla en el desarrollo del Derecho Administrativo. El juez civil, incompetente por naturaleza para conocer de las cuestiones derivadas de la actividad de la Administración, se ha manifestado tradicionalmente reacio a ofrecer consideraciones dogmáticas al respecto dotadas del necesario rigor, tal y como se ha constatado en la doctrina. Cfr. F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho*

Como ejemplo paradigmático, sirvan las consideraciones realizadas por el Tribunal Supremo en su auto de 8 de marzo de 2001, donde se recoge la que es la doctrina general sobre el *fumus* para el alto Tribunal:

“ a) La jurisprudencia de este Tribunal Supremo realizó una nueva exégesis del art. 122 de la Ley Jurisdiccional de 1956 para acomodarlo al art. 24 CE, sobre la base de entender el derecho a la tutela cautelar como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Y a consecuencia de lo anterior admitió el «fumus boni iuris», o apariencia de buen derecho, como elemento integrador del repetido art. 122 LJCA a efectos de otorgar la tutela cautelar.

b) Esa misma jurisprudencia ha subrayado que la doctrina de la apariencia, tan difundida como necesitada de prudente aplicación, ha de tenerse en cuenta al solicitarse la nulidad de actos dictados en cumplimiento de normas declaradas previamente nulas de pleno derecho, o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente.

Pero declara inaplicable dicha doctrina cuando se predica la nulidad de un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal; y ello en aras de evitar ese perjuicio de la cuestión de fondo que antes se razonó como no conveniente.

c) En línea con lo anterior, se ha matizado la aplicación del «fumus boni iuris» siguiendo una dirección paralela a la observada respecto de las alegaciones de nulidad de pleno derecho; exigiendo que la apariencia de buen derecho sea clara y manifiesta, y resaltando que debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto”.⁹⁹⁰

La teoría de las nulidades puede resultar muy útil a efectos de establecer criterios seguros en la aplicación del *fumus*. En primer lugar, en los ordenamientos en los que el *fumus* ha sido objeto de escaso desarrollo, el juez puede acudir a una jurisprudencia más

administrativa y justicia civil, Civitas, Madrid, 1988, *passim*. Además, dado que el ámbito de operatividad de los interdictos contra la Administración se ha desarrollado fundamentalmente en el contexto de expropiaciones forzosas en las que la Administración prescinde manifiestamente del procedimiento, los jueces han tendido a reducir la aplicación de los interdictos a los supuestos mencionados en la Ley de Expropiación Forzosa, en su art. 125, complementado por el art. 126.

⁹⁹⁰ Ar. 2001/2848, Ponente: Maurandi Guillén. El subrayado es mío.

consolidada y que también discrimina en función de los diversos sectores materiales.⁹⁹¹ Estas diferenciaciones, que en el contexto del *periculum* gozan ya de una cierta tradición, no resultan tan usuales en la apreciación de la apariencia de buen derecho. Como excepción puede citarse el ATS de 7 de noviembre de 1995, Ar. 1995/8137 [Ponente: Mateos García]. Este auto puede considerarse un precedente de la doctrina del *fumus boni iuris* y, más concretamente, de su vinculación con la teoría de las nulidades, a pesar de no mencionar ninguna de estas instituciones. En el contexto de un recurso referente a un acto que determina la adscripción para realizar la prestación social sustitutoria, el Tribunal Supremo revoca la decisión judicial de la instancia, que suspende dicho acto de adscripción, debido a que la ponderación de intereses, según doctrina consolidada del alto órgano jurisdiccional, ha de ser favorable a la ejecución del acto. El Fundamento Jurídico Cuarto del auto del Tribunal Supremo reza como sigue:

“En armonía con cuanto dejamos expuesto, en un todo acorde con la uniforme y reiterada doctrina establecida por esta Sala en la concreta materia a que se refiere este recurso, y sin olvidar que la tutela efectiva queda satisfecha cuando se somete la suspensión al control de los órganos jurisdiccionales y que el reglamento para la Prestación Social para los Objetores de Conciencia fue definitivamente declarado ajustado a derecho, procede la estimación del recurso de apelación que decidimos, sin que proceda hacer expresa condena en las costas procesales causadas en ambas instancias”.

De dicho pronunciamiento han de relevarse dos datos. En primer lugar, la precisión que realiza el Tribunal sobre la “concreta materia a que se refiere este recurso” y que indica cómo el juez de la tutela cautelar discrimina en función de los distintos ámbitos de Derecho sustantivo. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional

⁹⁹¹ Esto se ha afirmado a raíz de la nulidad declarada por las sentencias de inconstitucionalidad. Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 556 (2002), pp. 5ss. En la medida en que todo son variantes de la nulidad de los actos jurídicos, el criterio puede considerarse de aplicación general. V. también M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 347ss. La autora constata cómo la discriminación de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad se hace depender de una adecuada valoración de los intereses en conflicto.

indica de forma indirecta cuál ha sido un criterio decisivo en la adopción de la resolución cautelar, a saber, la existencia de un pronunciamiento judicial relativo, y favorable, al reglamento que sirve de base al acto impugnado. Es claro que, además de la ponderación de intereses, favorable en abstracto al interés público en esta concreta constelación fáctica, el criterio normativo de la legalidad del reglamento verificada por un órgano jurisdiccional ha inclinado la balanza decisivamente a favor de la Administración.

Se ha mencionado la seguridad de una jurisprudencia consolidada como primer elemento de utilidad de las medidas cautelares. En segundo lugar, la teoría de las nulidades, con su diferenciación entre invalidez e ineficacia, puede también arrojar cierta luz sobre los efectos que las medidas cautelares poseen sobre el acto administrativo en cuestión. Esta problemática resulta muy discutida en la doctrina alemana, no tanto en la española y la francesa, y presenta gran utilidad en aras a estudiar la conservación de actos administrativos vinculados con el acto suspendido u objeto de otra medida cautelar.

En tercer lugar, puede resultar interesante incluir en el debate sobre la tutela cautelar la teoría según la cual la invalidez de los actos administrativos es, en cierta manera, una opción jurídica. Así, el ordenamiento jurídico no siempre sanciona todas las discrepancias entre acto y norma, sino que discrimina cuáles de estas discrepancias van a ser objeto de penalización. Si se relaciona esta teoría con la tutela cautelar, se puede entender que en ciertas de sus aplicaciones ocurre lo mismo, dado que el legislador ha previsto distintas apreciaciones del *fumus* en función de la gravedad de la supuesta invalidez de la actuación administrativa. Ello es palmario en la nueva Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que el *fumus* se introduce como presunción *iuris tantum* a favor de la adopción de la medida cautelar – en los supuestos de vía de hecho y de inactividad de la Administración –, matizando el criterio general de libertad de apreciación del juez.

En otro orden de cosas – pero siempre en el contexto de la validez –, la teoría de las nulidades constituiría el puente hacia el Derecho comunitario, en los supuestos en los que el juez nacional ha de adoptar medidas cautelares que puedan afectar la aplicación de dicho Derecho. En este sentido, la postura del Tribunal de Justicia desde el asunto *Zuckerfabrik* es clara: las serias dudas sobre la validez de una norma comunitaria que es la base del acto nacional impugnado han de concretarse en la interposición de una cuestión prejudicial a Luxemburgo, para que sea el propio Tribunal quien se manifieste sobre la cuestión. Este es el único ámbito – el vinculado al Derecho comunitario – en el que el problema de la validez en el contexto de las medidas cautelares se ha discutido en Francia.⁹⁹²

En lo que a Alemania se refiere, ni la jurisprudencia ni la doctrina establecen una relación directa entre el *fumus boni iuris* y la teoría de la nulidad de los actos administrativos. Además, por los motivos que se indican en cada uno de los apartados correspondientes, desde un punto de vista dogmático resulta muy difícil individualizar qué haya de entenderse por *fumus* en cada caso, dado que en la mayor parte de los supuestos las referencias se realizan a una genérica ponderación de intereses. De otro lado, el diferente tratamiento normativo de los diversos tipos de medidas cautelares genera complicaciones en la reducción de las manifestaciones del *fumus* a un común denominador. Por ello, el tratar de establecer una relación clara entre el *fumus* y la nulidad resulta complejo, en la medida en que los conceptos de partida también lo son. Sin embargo, sí subyace la preocupación sobre la relación entre ambas categorías en algunas explicaciones doctrinales sobre la materia, en concreto en las referencias al examen sumario que el juez ha de realizar previamente al restablecimiento de la ejecutividad del acto administrativo.⁹⁹³ Se ha de recordar que la suspensión de los actos

⁹⁹² Cfr. J.-M. FÉVRIER, cit., p. 389.

⁹⁹³ V. especialmente, con abundante bibliografía, K. FINKELNBURG/ K.P.JANK, cit., pp. 155ss. (para las órdenes provisionales o medidas cautelares positivas) y pp. 429ss. (para la suspensión).

administrativos es automática con carácter general y que, además, es este tipo de medida cautelar – propia de los recursos de anulación – el único al que, en puridad, correspondería aplicar la teoría de la nulidad a la que nos referimos.

A.- Consideraciones instrumentales sobre la nulidad de los actos administrativos. Diferencias y semejanzas en diversos ordenamientos

La teoría de las nulidades se desarrolla en la tensión entre dos principios: el de legalidad, que exige que todos los actos contrarios al ordenamiento jurídico sean eliminados del mismo, especialmente si esta contradicción reviste cierta gravedad, y el de seguridad jurídica, que no puede permitir que un acto posea una eficacia claudicante, a expensas de recursos indeterminados en el tiempo. Esta tensión revierte en el juicio cautelar, en la medida en que el juez ha de adoptar una decisión que, dependiendo de su tenor, redundará en una inicial preferencia por uno de los principios en el caso concreto.

No es este el lugar donde ha de realizarse una aproximación, siquiera somera, a la teoría de la nulidad de los actos administrativos. Sin embargo, se realizarán algunas indicaciones, en la medida en que resulten necesarias a efectos instrumentales para las consideraciones que se expondrán a continuación, en especial desde el punto de vista comparado.

En Derecho español se distingue, como es sabido, entre nulidad y anulabilidad de los actos administrativos, imponiéndose la primera como pena máxima a los actos que incurren en las irregularidades más condenables y siendo, en teoría, la excepción a la regla general de la anulabilidad.⁹⁹⁴

⁹⁹⁴ No me voy a referir ahora a la categoría de la inexistencia de los actos administrativos, si bien se ha de dejar señalado que ciertos autores la diferencian de la nulidad. Como recuerda PARADA, “*La aceptación de la categoría de los actos jurídicos inexistentes tropieza, en primer lugar, con su carácter metafísico o metajurídico*”. Cfr. R. PARADA, *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 186. Además, en otro orden de cosas, desde un punto de vista más concreto, PARADA constata cómo el tratamiento de

En el Derecho alemán la situación es diversa en cierta medida, dado que el punto de partida también difiere. En efecto, el contencioso alemán no se configura como un instrumento de depuración del ordenamiento jurídico, sino de protección de derechos subjetivos.⁹⁹⁵ De ahí que las causas de impugnación en los recursos no se construyan sobre la base del tipo de irregularidad, como es el caso en España o Francia, sino desde el punto de vista del recurrente y, en concreto, desde la consideración de su confianza legítima. Así, el art. 48 de la ley de procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) establece los supuestos en los que cabe el recurso administrativo, identificando determinadas circunstancias que excluyen la concurrencia de la confianza legítima y conllevan, por ello, la desestimación del recurso.

Ya en el ámbito procesal, como recuerda el art. 42 de la Ley alemana de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *"a no ser que la ley determine otra cosa, el recurso sólo se admitirá si el demandante puede hacer valer que el acto administrativo, su desestimación o una omisión han vulnerado sus derechos"*. Algunos autores sí se refieren a las irregularidades de los actos administrativos, pero no distinguen diversas clases dentro del género común. En una expresiva formulación de MAURER, *"[e]l acto administrativo es válido si cumple todos los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico. Es inválido o defectuoso (ambas expresiones se utilizan como sinónimos) cuando no es conforme con el Derecho vigente en cualquiera de sus*

la nulidad ha sido tradicionalmente diferente en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo, debido en esencia a la diversidad de intereses en juego. Mientras en el Derecho Civil la sanción de nulidad absoluta no resulta extraordinaria, el juez administrativo ha procurado tradicionalmente salvar el acto administrativo, aferrándose a su presunción de validez y estimando como menores determinados vicios, en aras a conservar el acto en la medida de lo posible, todo ello para preservar la seguridad jurídica.

⁹⁹⁵ De hecho, en algunos supuestos, se deniega la tutela cautelar, pese a apreciarse una evidente irregularidad del acto administrativo, debido a que no se cumple el requisito general de la legitimación activa de verse vulnerado un derecho subjetivo. Cfr. K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, cit., pp. 430ss. Sólo en circunstancias excepcionales se va a poder adoptar la medida cautelar en estos casos, normalmente cuando no concurre un especial interés público en la ejecución o en la suspensión, en función de lo que se esté solicitando.

manifestaciones. La invalidez es al mismo tiempo el reflejo negativo de la legalidad".⁹⁹⁶ La invalidez, por tanto, no admite matices, a excepción de aquellas irregularidades groseras (*offenhare Unrichtigkeiten*) producidas por errores numéricos, gramaticales o de parecida índole.⁹⁹⁷ Estas irregularidades no dependen de la protección de la confianza legítima y simplemente se corrigen tras su constatación.

En Derecho francés se habla de actos anulables y de actos inexistentes. La teoría de la inexistencia en este ordenamiento se elaboró en su día para solventar una serie de cuestiones de índole práctica, entre las que destaca la reacción frente a la vía de hecho, reacción que guarda evidentes paralelismos estructurales con la tutela cautelar, tal y como ya se puso de manifiesto en el capítulo 2. En efecto, la inexistencia se creó en su día como una ficción para atribuir la potestad del juez civil en los supuestos en los que las irregularidades de la actuación de la Administración eran tan flagrantes, que el propio carácter administrativo del acto no existía y, por ello, no se vulneraba la exigencia constitucional de separación de jurisdicciones.⁹⁹⁸ Como constata PARADA, sin embargo, "*la jurisprudencia francesa ha utilizado la categoría de la inexistencia de forma análoga a la del acto nulo de pleno derecho*".⁹⁹⁹

El Derecho comunitario, como en tantas otras materias, presenta un régimen de invalidez de los actos administrativos que recuerda en buena medida al sistema francés. Así, si bien se establece la posibilidad del control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no se diferencia entre las categorías de la nulidad y la anulabilidad. A pesar de

⁹⁹⁶ Cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, Munich, 11ª ed., 1997, p. 224.

⁹⁹⁷ Cfr. H. MAURER, cit., p. 226.

⁹⁹⁸ V. al respecto F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho...*, cit., p. 113.

⁹⁹⁹ V. R. PARADA, cit., p. 187.

ello, como constata DE LA QUADRA-SALCEDO, del propio texto del Tratado y, en concreto, de su art. 230, se pueden deducir ciertas consecuencias.¹⁰⁰⁰

En primer lugar, el propio artículo se refiere, al mencionar los vicios de forma, a que éstos han de ser sustanciales. Es patente cuán difícil resulta determinar la sustancialidad o esencialidad de un vicio de forma. Sin embargo, la precisión es importante, en la medida en que se distinguen dos tipos de vicios formales, unos que dan lugar a la anulación y otros respecto de los cuales el aplicador del Derecho va a ser más permisivo por considerar que no son lo suficientemente graves para eliminar el acto. En segundo lugar, el precepto establece un plazo para interponer el recurso, algo característico de la categoría española de la anulación. Existen situaciones, no obstante, de tal gravedad que no admiten límites en cuanto a su impugnabilidad. Esto ha sido constatado por la jurisprudencia comunitaria, que ha creado de esta manera lo que en nuestro ordenamiento jurídico se conoce como nulidad, o inexistencia en terminología de reminiscencias galas.¹⁰⁰¹

DE LA QUADRA-SALCEDO se remite a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1957 (as. ac. 1 y 14/57), en la que el Tribunal desestimó un recurso por inexistencia de acto. Pese a tratarse de un dictamen y no ser, por ello, un acto impugnabile, el Tribunal prefirió justificar su decisión desde el punto de vista de la inexistencia. Más adelante, en 1987, en la sentencia de 26 de febrero (as. 15/85), el Tribunal estableció expresamente por vez primera la consecuencia procesal de la inexistencia: en los supuestos en los que el órgano jurisdiccional aprecie que un acto es

¹⁰⁰⁰ Cfr. T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Acto administrativo comunitario*, en L. PAREJO ALFONSO (y otros), *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 193ss. [p. 218]. Sobre el acto jurídico comunitario véase, en general y por todos, X. ARDOZ SANTISTEBAN, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Vitoria, 1998. En fin, en lo que a la anulabilidad se refiere, los vicios que la generan son los clásicos del Derecho francés y que figuran en el hoy art. 230 TCE: la incompetencia, los vicios sustanciales de forma, la violación del Tratado o de las normas dictadas en ejecución del mismo y la desviación de poder.

¹⁰⁰¹ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, cit., p. 219.

jurídicamente inexistente, no se tendrá en consideración el límite de los plazos previstos en el Derecho comunitario para la interposición del recurso. Además, precisó, los actos inexistentes serán aquellos “*afectados por vicios particularmente graves y evidentes*”. Cabría preguntarse cuándo concurre este tipo de vicios, dado que el Derecho positivo no recoge ninguna precisión al respecto. DE LA QUADRA-SALCEDO apunta ciertas soluciones, como la evidencia de la infracción, o la gravedad del vicio vinculada a la absoluta falta de competencia material de la Comunidad (en relación a la distribución competencial entre la Comunidad y los Estados Miembros). Sin embargo, el propio autor indica que esta categoría ha de ser aplicada con suma cautela, dados los eventuales conflictos que pueden surgir en relación con el principio de seguridad.¹⁰⁰²

B.- Operatividad concreta de la teoría de las nulidades en la tutela cautelar

Los jueces se muestran reacios en ocasiones a analizar el *fumus* si ello conlleva conocer por vez primera de las causas de nulidad en las que pudiera incurrir el acto administrativo, debido al peligro inherente de perjuicio del fondo del asunto. Esta ha sido la actitud, por ejemplo, del Tribunal Supremo español, quien, en auto de 7 de noviembre de 1995¹⁰⁰³, afirmaba que “*es por ello, por lo que no podemos considerar como causa determinante de la suspensión, la alegación que estamos considerando, habida cuenta que no resulta clara, ostensible y manifiesta la irrevocada nulidad absoluta y en todo caso resultaría necesario el enjuiciamiento del fondo del asunto, para alcanzar una adecuada solución al respecto, lo cual, como hemos dicho, no resulta procedente en la decisión que resuelve la pieza separada de suspensión*”. La evidencia de la irregularidad que justifica el *fumus* ha de ser mayor que la que de ordinario caracteriza la nulidad. Además, la obsesión por el perjuicio del fondo del asunto es patente.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰² T. DE LA QUADRA-SALCEDO, cit., p. 221.

¹⁰⁰³ Ar. 1995/8134, Ponente: Mateos García.

¹⁰⁰⁴ En idéntica fecha, el mismo Magistrado fue ponente de otro auto, mediante el que estimaba el recurso de apelación interpuesto frente a la suspensión de un acto administrativo que ordenaba la

La zozobra e inseguridad del alto órgano jurisdiccional español es evidente, por cuanto algunos de sus pronunciamientos en esta materia producen cierta perplejidad. Así, por ejemplo, en el ATS de 8 de marzo de 2001¹⁰⁰⁵, tras afirmar la doctrina general según la cual la teoría de las nulidades no resulta aplicable cuando dicha nulidad se predica de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, se establece que “[e]n línea con lo anterior, se ha matizado la aplicación del *fumus boni iuris*” siguiendo una dirección paralela a la observada respecto de las alegaciones de nulidad de pleno derecho; exigiendo que la apariencia de buen derecho sea clara y manifiesta, y resaltando que debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto”.¹⁰⁰⁶ En este caso parece que el juez se está refiriendo a la categoría de la nulidad como criterio de apreciación de una clara y manifiesta apariencia de buen derecho, tal y como se deduce de la referencia a las alegaciones de nulidad de pleno derecho y al peligro que acarrea la profundización en el fondo del asunto. En fin, se ha de recordar, siguiendo la jurisprudencia, que la admisión a trámite de un recurso por un órgano jurisdiccional no es necesariamente indicativa de la nulidad.¹⁰⁰⁷

La operatividad de la teoría de las nulidades es doble. De un lado, los pronunciamientos judiciales sobre nulidad previamente existentes y que guarden relación con el proceso cautelar serán tenidos en consideración por el juez a efectos de

adscripción a la prestación social. Junto a una valoración genérica de los intereses en conflicto, parece que el argumento que inclina finalmente la balanza a favor de la Administración es la existencia de un pronunciamiento judicial previo que confirma la legalidad del reglamento que sirve de base al acto administrativo impugnado en este segundo recurso. Pese a no mencionarlo, parece ser una clara aplicación del *fumus* basado en la teoría de las nulidades. ATS de 7 de noviembre de 1995, Ar. 1995/8137, Ponente: Mateos García.

¹⁰⁰⁵ Ar. 2001/2848, Ponente: Maurandi Guillén. Es una cláusula de estilo que se encuentra ya en el ATS de 15 de septiembre de 1999, Ar. 1999/10201, Ponente: Maurandi Guillén.

¹⁰⁰⁶ Fundamento Jurídico 2º.

¹⁰⁰⁷ ATS de 3 de abril de 2001, Ar. 2001/2856, Ponente: Martín González. En el caso concreto se trataba de la admisión a trámite de un recurso por el Tribunal Constitucional.

valorar el *fumus*. De otro lado, en las causas que hayan de ser por vez primera objeto de conocimiento por el juez, éste acudirá excepcionalmente a los criterios que le guían en la apreciación de la nulidad. En este sentido, el juez cautelar se muestra firmemente partidario de adoptar la suspensión u otra medida que se considere oportuna en los supuestos en los que el acto impugnado se haya dictado partiendo de una norma que se haya declarado nula previamente, o bien cuando sea repetición de uno idéntico que también haya sido declarado nulo.

3.- Las variantes del *fumus*

La doctrina y la legislación no suelen reflejar, por lo general, las diversas variantes del *fumus boni iuris*. Existen algunas excepciones, autores que estudian el *fumus* desde un punto de vista particular, sea éste procesal o sustantivo.¹⁰⁰⁸ Ello es debido, de un lado, a la ausencia de previsiones normativas claras que diferencien diversos regímenes jurídicos¹⁰⁰⁹ y, de otro, al carácter en cierta manera novedoso de este criterio en el contencioso-administrativo. Esta situación genera que, ante la ausencia de precisiones, el *fumus* tienda a identificarse con alguna de sus modalidades, reduciendo en consecuencia su ámbito de aplicación. La clasificación básica que puede establecerse es la que distingue entre un *fumus* “débil” y un *fumus* “fuerte”.

Así, en su versión fuerte, la que ha prevalecido en el Derecho francés hasta la reforma de 2000 y en el Derecho comunitario hasta 1975¹⁰¹⁰, la apariencia de buen derecho exige probar que, al menos provisionalmente, la demanda principal tiene visos

¹⁰⁰⁸ Entre dichas excepciones puede mencionarse el siguiente trabajo: J. SUAY RINCÓN, *La suspensión de la expropiación: el “fumus boni iuris” como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar* (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de Noviembre de 1990), cit.

¹⁰⁰⁹ VECINA CIFUENTES se lamenta de esta circunstancia, dado que ello implica que no se tengan en consideración las construcciones dogmáticas elaboradas desde principios de siglo. Cfr. J. VECINA CIFUENTES, *La trascendencia del “Fumus boni iuris”*, cit., p. 260.

¹⁰¹⁰ Auto del Presidente del TJCE de 16 de enero de 1975, as. 3/75 R, *Johnson & Firth Brown Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1975, p.1

de prosperar. Esta acepción clásica del *fumus boni iuris* es aquella que exige una fundamentación adecuada de la pretensión cautelar que, en definitiva, es una fundamentación adecuada de la cuestión de fondo. Sin embargo, entiendo se han de distinguir ambas fundamentaciones, dado que aluden a cuestiones y momentos procesales diferentes. Así, las alegaciones sobre el fondo han de lograr que el juez alcance la convicción de que, con un alto grado de probabilidad, el tenor de la sentencia definitiva en el pleito será el mismo que aquel indiciado por la resolución cautelar. En cuanto a las alegaciones sobre la pretensión cautelar, éstas han de versar sobre la adecuación de la medida para la satisfacción del interés procesal manifestado en la medida solicitada.

En su versión débil, el *fumus* implica que en la pretensión de fondo no concurren elementos que indiquen que ésta se encuentra manifiestamente falta de fundamento.¹⁰¹¹

Además de esta clasificación básica, el *fumus* debe estudiarse en relación con dos criterios, el *periculum in mora*, por cuanto es complementario del mismo (en ocasiones de modo excluyente respecto de otras interpretaciones posibles) y la ponderación de intereses, con la que se confunde en ciertos supuestos, especialmente en ciertos ordenamientos. A continuación se presentarán las distintas acepciones, indicando cuál ha sido su tratamiento en los diversos ordenamientos jurídicos y cuál parece ser la línea de evolución futura.

A.- España: una jurisprudencia joven y titubeante

La jurisprudencia contencioso-administrativa española es la de recepción más tardía del *fumus boni iuris*. El primero de los autos que de forma expresa lo reconoce es, como es sabido, el del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990. En este auto, sin embargo, se opta por una versión débil del *fumus*. Así, en el Fundamento Jurídico

¹⁰¹¹ Cfr. ATS de 17 de marzo de 1992, Ar. 1993/448, Ponente: Martín Herrero.

segundo se afirma que “[e]s claro entonces que el propio Ayuntamiento está reconociendo que *prima facie* la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa previa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla, etc.”. Si bien el segundo inciso, tras la coma, indica que la argumentación podría adentrarse en un análisis en profundidad de las alegaciones, el juez prefiere situarse en la postura menos comprometida en lo que a un eventual prejuicio del fondo del asunto se refiere. Ello es comprensible teniendo en cuenta el carácter señero del auto citado y la naturaleza en cierto modo transgresora de esta resolución judicial: la novedosa instauración del *fumus boni iuris* en ausencia de una clara previsión normativa a dichos efectos hubiera podido ser considerada excesiva si, además, era acompañada de un contenido demasiado exigente. Estas cautelas se aprecian en un párrafo posterior del mismo fundamento jurídico, en el que, refiriéndose a la apreciación *prima facie* que el juez cautelar está llamado a realizar, el juez advierte frente a un eventual prejuicio del fondo.

Antes del auto que consagra definitivamente el *fumus* en el contencioso-administrativo español, existen precedentes que, sin nombrarlo de forma expresa, lo aplican en su fundamentación. Así, a título de ejemplo, puede citarse el ATS de 16 de octubre de 1990 (Ar. 1990/7736, Ponente: Cancrén Lalanne), que resuelve un recurso de apelación contra un auto que estima la suspensión de la ejecución de una orden de expulsión dirigida contra un solicitante de asilo político. En el mencionado auto, uno de los elementos que son tenidos en consideración para la valoración concreta de los intereses en conflicto es el carácter mínimamente fundado de la residencia en España del solicitante de asilo.¹⁰¹² Esta situación, considera el Tribunal, es digna de protección y por ello ha de mantenerse la suspensión durante el tiempo que dure el proceso.

¹⁰¹² Véase el Fundamento Jurídico Primero.

En el mismo día, el 16 de octubre de 1990, se dictó otro auto¹⁰¹³ en el que, asimismo, se desestimaba el recurso de apelación deducido frente al auto de suspensión de otra orden de expulsión. En esta ocasión el motivo se vinculaba a la ausencia de permiso de trabajo de las destinatarias del acto impugnado, permiso que había sido denegado por la Administración competente y cuya denegación se encontraba pendiente de ser resuelta por el juez. El Tribunal Supremo, en la ponderación de intereses que realiza, alude a la existencia de un previo pronunciamiento judicial favorable a la pretensión de las demandantes concerniente a su colegiación como odontólogas en España. La argumentación que realiza el alto órgano jurisdiccional insinúa que, en la medida en que concurren los requisitos necesarios para ejercer la actividad laboral en España, por cuanto se les ha reconocido su título académico en nuestro país, parece lógico que, en principio, la sentencia definitiva en el pleito en ciernes les sea también favorable.¹⁰¹⁴

El tercero de los autos, dictado en idéntica fecha¹⁰¹⁵, se adopta en el contexto del Derecho ambiental y, en concreto, en el de la contaminación acústica, indicándose que *"las normas con las que se trata de luchar contra el ruido constituyen un subsistema del sistema jurídico medioambiental"*.¹⁰¹⁶ En el mencionado auto también consta un precedente del *fumus*, en la medida en que se establece el vínculo entre la pretensión cautelar y la de fondo. Así, afirma el Tribunal que *"[n]o se trata aquí, obviamente, de resolver el pleito principal, pero tener presente el objeto de éste es necesario a efectos de valorar la concurrencia o no de las circunstancias que*

¹⁰¹³ Ar. 1990/7732, Ponente: Cancer Lalanne.

¹⁰¹⁴ Las palabras exactas del Tribunal son las siguientes: *"...consta en autos que las Sras. F. y B. han obtenido sentencia favorable a su colegiación como odontólogos en España, ello notoriamente presupone que eran poseedoras de un título académico, suficientemente convalidado por las Autoridades de Educación Españolas, título que garantiza la suficiencia profesional de sus conocimientos respecto de la odontología, es por lo que, en conclusión, y de conformidad con el art. 7º p. 4 de la Ley 62/1978, procede siguiendo la regla general de este precepto la confirmación de la suspensión de la ejecución de la medida de expulsión y de la resolución judicial que ahora se cuestiona, con la consiguiente desestimación de la apelación interpuesta por la Abogacía del Estado"* (FJ 1º).

¹⁰¹⁵ Ar. 1990/8247, Ponente: González Navarro.

¹⁰¹⁶ Cfr. FJ 3º.

determinan la adopción de la expresada medida cautelar de suspensión”.¹⁰¹⁷ A continuación, el Tribunal realiza una interpretación del art. 122 de la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la luz de las exigencias del art. 45 de la Constitución, esto es, desde la perspectiva ambiental. En este sentido, y tras aludir a la prevalencia que, con carácter general, presentan las normas de protección frente a la contaminación acústica, deniega la suspensión del acto que ordena la limitación de horario de una discoteca, en tanto no se adopten las medidas correctoras de ruidos acordadas por el Ayuntamiento. Parece claro que el tenor de la resolución se acerca de forma muy próxima a la dilucidación del fondo del asunto.

Tras el ATS de 20 de diciembre de 1990, que consagra definitivamente el *fumus boni iuris*, la jurisprudencia no mantiene una única línea de interpretación sobre dicho criterio. Así, frente a la versión débil que aparecía en el ya mencionado auto, el ATS de 17 de marzo de 1992¹⁰¹⁸ parece optar por un *fumus* algo más agravado, en la medida en que se refiere a la necesaria realización de una *summaria cognitio* para la apreciación de este criterio. Afirma el Tribunal que, en virtud del principio de la apariencia de buen derecho, “es posible valorar, dentro del limitado ámbito dentro del cual es posible hacerse en los incidentes de esta naturaleza (*summaria cognitio*) y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión, esto es, mediante una valoración provisional, que solamente afecta a una medida provisional”.¹⁰¹⁹ Se ha de añadir que el Tribunal incluye un elemento un tanto peculiar de valoración del *fumus* que hace referencia al tipo de norma alegado por las partes. Así, se considera que ha de prevalecer el interés de quien alega un principio legal o constitucional “*aparentemente fundados*” frente al interés de “*quien solamente se ampara en preceptos reglamentarios o en razones meramente coyunturales*”. Entiendo que las alusiones a la jerarquía normativa en este

¹⁰¹⁷ Cfr. FJ 2º.

¹⁰¹⁸ Ar. 1993/448, Ponente: Martín Herrero.

¹⁰¹⁹ Cfr. FJ 3º.

contexto resultan probablemente demasiado genéricas, dado que el *quid* se encuentra en el carácter aparentemente fundado o no de las alegaciones y puede ocurrir que la norma constitucional alegada no resulte de aplicación en el caso concreto.

En alguna ocasión, incluso, el Tribunal se ha negado a admitir la operatividad del *fumus*, alegando que la aplicación del mismo en el sentido solicitado por la Administración causaría graves daños a la naturaleza del proceso jurisdiccional. Así, el ATS de 21 de enero de 1992¹⁰²⁰ reza como sigue:

“La doctrina del “fumus boni iuris”, invocada por la Corporación Municipal de Avilés, de ser aplicada en la forma que pretende esa Administración traería consigo graves daños a la propia naturaleza del proceso jurisdiccional, dando lugar a la presunción de que en este trámite incidental se prejuzga el Fallo de la reclamación contencioso-administrativa, lo que desnaturizaría la finalidad de la medida cautelar que comporta la suspensión que de prodigarse en función exclusiva de la tutela de los derechos e intereses legítimos, art. 24 de la Constitución, sin contemplar debidamente el interés público concurrente haría ineficaz la actividad de la Administración que vería paralizados los efectos propios de sus actos y disposiciones que demanden su inmediata ejecutividad”.

De la letra del auto no se deduce qué tipo de daños pueden generarse, ni tampoco especifica el alto órgano jurisdiccional qué variantes del *fumus* resultarían adecuadas en el caso concreto. La actitud del Tribunal parece indicar una cierta reticencia a emplear un criterio con el que no se encuentra demasiado cómodo.

Más adelante, en 1997, un excelentemente construido auto del Tribunal Supremo¹⁰²¹ alude al *fumus* como un “juicio de razonabilidad provisional”, en una expresión que recuerda a los juicios que se realizan para reducir a cero la

¹⁰²⁰ Ar. 1992/629, Ponente: García Estartús, FJ 2º.

¹⁰²¹ Ar. 1997/5443, Ponente: Menéndez Pérez. La excelencia que se predica hace referencia a su contenido dogmático, por cuanto recoge todos los elementos a tener en cuenta en la elaboración de una teoría de la tutela cautelar, considerando incluso cuáles son las exigencias del Derecho comunitario.

discrecionalidad. La razón de ser del *fumus* es, según este auto, que “*puede llegar a constituir la única vía a través de la cual evitar, mediante un juicio de razonabilidad, provisional por supuesto, emitido precisamente por quien tiene atribuida constitucionalmente la función de juzgar, el riesgo mayor, desde la perspectiva del Estado de Derecho, de la irreversible conculcación de los derechos en litigio; y por la vinculación más fuerte del órgano judicial para con la preservación de aquel derecho fundamental*”.¹⁰²² A pesar de no especificarse cuáles han de ser las características de este juicio de razonabilidad, parece que el nivel de exigencia en lo que a las alegaciones y la fundamentación se refiere es bastante elevado. Más adelante, en el Fundamento Jurídico Séptimo, el Tribunal se referirá de nuevo al juicio de razonabilidad, vinculándolo esta vez con la ponderación de intereses. En dicha ponderación no sólo se tienen en cuenta los perjuicios que se puedan acarrear a las partes, sino también las consideraciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, autor del auto impugnado.

Más adelante, otros autos retomarán la fórmula del juicio de razonabilidad, indicando que se trata de la recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de tutela cautelar.¹⁰²³ Sin embargo, las alusiones al juicio de razonabilidad en este auto parecen presentar una operatividad mayor que en el caso anterior. Así, si en el auto de 1997 se aprecia una relación estrecha entre este tipo de juicio y la apariencia de buen derecho, dada la referencia a la conculcación de los derechos en litigio, en el de 2000, la fórmula “juicio de razonabilidad” parece ir referida al tipo de argumentación que ha de realizar el Tribunal y que recuerda a la ponderación de intereses. A pesar de que, en definitiva, ambas formulaciones remiten a una idéntica idea, desde un punto de vista dogmático apelan a realidades diferentes. El *fumus* pertenece a los elementos que se han de tener en consideración en la adopción de autos de medidas cautelares,

¹⁰²² Cfr. FJ 5º.

¹⁰²³ V. ATS de 26 de diciembre de 2000, Ar. 2001/1701, Ponente: González Rivas, FJ 3º: “...pues es doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional la compatibilidad de la adopción de medidas cautelares, como en este caso la suspensión provisional y el derecho a la presunción de inocencia, frente al argumento utilizado por la parte recurrente, en la medida en que tal medida se fundamentó en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, en coherencia con reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, la sentencia 66/1989, de 14 de abril)”.

mientras que la ponderación alude al tipo de argumentos que ha de emplear el juez en este tipo de resoluciones.

La fórmula del juicio de razonabilidad parece ser aquella por la que ha optado la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ésta, en su art. 728.2, establece que se requiere un "juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión", juicio que, en la medida en que se califica de favorable, no puede ser más que una fundamentación adecuada de la pretensión. Ante esta situación cabe plantearse dos interrogantes que se encuentran relacionados entre sí. Así, en primer lugar, esta definición normativa de lo que ha de considerarse el *fumus boni iuris*, optando decididamente por una de las dos versiones clásicas existentes al efecto, parece excluir otras variantes. Por ello, se habrá de tener en cuenta la legislación sectorial, así como el desarrollo jurisprudencial, para estudiar si esta interpretación prevalece en la práctica. En segundo lugar, dado el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil con respecto a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se puede plantear en qué medida esta versión del *fumus* obliga a los jueces administrativos, esto es, se ha de determinar si la supletoriedad entra o no en juego en este contexto. En coherencia con lo indicado en el capítulo 2, entiendo que la supletoriedad no opera en este ámbito. El legislador no ha incluido en la Ley de la Jurisdicción una remisión explícita a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tampoco cabe apreciar la existencia de una laguna. En efecto, el *fumus* guarda una estrecha relación con el Derecho material subyacente, de manera que sus contornos han de ser perfilados desde el propio Derecho (procesal) administrativo.

Con la entrada en vigor de la nueva ley de la jurisdicción, parece apreciarse una cierta uniformidad en la aplicación del *fumus*, siempre en la línea de la teoría de las nulidades. La existencia del criterio tras la reforma no se discute, se da por hecho¹⁰²⁴, a

¹⁰²⁴ Existen algunas excepciones, autos que no entran a valorar el *fumus*, pese a ser alegado por las partes, y que no motivan adecuadamente, sino con afirmaciones de carácter genérico, la no aplicación de este criterio. Así, el ATS de 9 de marzo de 2001, Ar. 2001/2849, Ponente: González Rivas, se pronuncia en los siguientes términos: "La alegación, nuevamente, del '*fumus boni iuris*' resulta inadecuada, pues

pesar de que no siempre se menciona o aplica¹⁰²⁵, sino que simplemente se matiza su ámbito de aplicación.

Así, en el que creo es el primer auto sobre la materia adoptado tras la entrada en vigor de la ley, el ATS de 6 de abril de 1999¹⁰²⁶, se diferencia entre la ponderación de intereses – en la que se incluye la valoración de los perjuicios – y el *fumus boni iuris*. Éste se identifica con la apreciación patente, manifiesta y ostensible de la existencia de una infracción. En el supuesto concreto, se recurría la convocatoria de unas pruebas selectivas para provisión de plazas para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado y se alegaba la infracción del art. 50 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial. Al respecto el Tribunal Supremo consideró que *“la alegada infracción de tal precepto es una cuestión que corresponde al fondo del litigio, de imposible examen anticipado en esta pieza en la que sólo se decide sobre la medida cautelar que se solicita, al no ser patente, manifiesta, ostensible y evidente la mencionada infracción, y al no poder resolverse ahora sobre su eventual incidencia en la conformidad o disconformidad a derecho del acuerdo recurrido (...)”*.¹⁰²⁷ El mismo sentido de apreciación ostensible de una causa de nulidad la encontramos en autos posteriores, como el de 15 de septiembre de 1999¹⁰²⁸, el de 5 de diciembre de

sólo será la sentencia que contenga el examen de fondo la que se pronunciará sobre los aspectos sustanciales de dicha cuestión, como han tenido ocasión de reconocer reiteradas resoluciones de esta Sala” (FJ 3º). El adverbio empleado, “nuevamente”, indica de forma consciente o inconsciente que la apreciación del *fumus* se considera algo excepcional y que, pese a la insistencia de los recurrentes, el Tribunal no puede aceptar las alegaciones presentadas. En otro orden de cosas, se vincula directamente el *fumus* con el fondo del asunto y, si bien es cierto que dicho engarce existe, ello no puede ser empleado como parapeto para evitar la aplicación de este criterio normativo. En fin, el Tribunal se remite a jurisprudencia anterior que versa sobre cuestiones similares, sin realizar referencias más explícitas al caso concreto.

¹⁰²⁵ ATS de 23 de abril de 1999, Ar. 1999/4645, Ponente: Martín González. En este auto sí se indica indirectamente que no se puede entrar a valorar el *fumus* en el sentido solicitado, dado que *“no cabe, en esta pieza formada para resolver la medida cautelar de referencia, sustituir el Real Decreto impugnado por otro de signo distinto”*. Aquí se aprecia la importancia que cobra la formulación del recurso y podría plantearse el debate sobre la extensión de los poderes de oficio del juez en este particular.

¹⁰²⁶ Ar. 1999/4361, Ponente: Martín González.

¹⁰²⁷ Cfr. FJ 5º.

¹⁰²⁸ Ar. 1999/10201, Ponente: Maurandi Guillén.

2000¹⁰²⁹ o, más recientemente, el de 19 de febrero de 2001¹⁰³⁰. En ocasiones, además, el Tribunal Supremo ha remitido a la categoría de la nulidad, estimando que se trataba de una cuestión sobre el fondo del asunto, las alegaciones de las partes referentes a la vía de hecho.¹⁰³¹ Como en los supuestos anteriores, dado que el acto recurrido no era nulo de forma palmaria e incontrovertida en ese estado del procedimiento, el alto órgano jurisdiccional desestimó la pretensión.

En conclusión se puede afirmar que en la jurisprudencia no se aprecia la existencia de una dogmática muy elaborada sobre el contenido del *fumus*. Por lo general se desestima y, cuando se aprecia, se considera una excepción o bien se argumenta de tal manera que prácticamente se resuelve el fondo del asunto. Los jueces lo suelen aplicar en los supuestos en los que la apariencia de buen Derecho es clara y manifiesta, en un sentido similar a la jurisprudencia francesa, pero con matices particulares. Así, no sólo se exige que esté fundado, sino que lo esté claramente. La diferencia radica en el hecho de que si la ilegalidad no es clara y manifiesta, en España no opera el criterio del *fumus* y entran otros elementos en la valoración, mientras que en Francia, por ejemplo, se desestima directamente la demanda.

B.- Alemania: problemas dogmáticos en la identificación del *fumus boni iuris*

Como se indicaba más arriba, el Derecho alemán no contempla el criterio del *fumus boni iuris* con la sustantividad que le atribuyen otros ordenamientos. La atención

¹⁰²⁹ Ar. 2001/286, Ponente: Maurandi Guillén: "*Tampoco hay base bastante para la aplicación de la doctrina del 'fumus boni iuris', ya que en el actual momento procesal no hay datos ostensibles o evidentes que, sin necesidad de un enjuiciamiento de la cuestión de fondo controvertida, permitan apreciar la nulidad de la actuación administrativa como muy probable o inequívoca*" (FJ 4º).

¹⁰³⁰ Ar. 2001/2845, Ponente: Goded Miranda.

¹⁰³¹ ATS de 1 de febrero de 2001, Ar. 2001/1567, Ponente: Sieira Míguez. Se trataba de la solicitud de una medida cautelar provisionalísima, al amparo del art. 135 LJ, y a raíz de un acuerdo del Consejo de Ministros de entrega de extradición, basada en la existencia de una supuesta vía de hecho.

de la doctrina y la jurisprudencia se centra en la ponderación de intereses¹⁰³², expresión que sin duda abarca los tradicionales *fumus* y *periculum* pero que, dada su autonomía conceptual y práctica, hace difícil la distinción en un plano teórico de los subelementos que lo componen.

En lo que al *fumus* se refiere, se ha de partir de la “valoración sumaria” (*summarische Prüfung*) de las pretensiones de las partes y de las perspectivas de éxito de la demanda principal. El *fumus* que deriva de esta consideración es un *fumus* agravado, dado que la fundamentación se equipara prácticamente a la que corresponde al fondo del asunto¹⁰³³ y el límite o la diferencia con el recurso principal se encuentra en el nivel de prueba exigido o apreciable en este momento procesal. Este criterio, el momento procesal en que la medida ha de adoptarse, es un elemento de importancia en la resolución que ha de adoptar el juez. A título de ejemplo puede citarse el auto del Tribunal Administrativo Federal de 9 de noviembre de 1998¹⁰³⁴, que conoce de la solicitud de suspensión de un acto del Servicio Federal de Ferrocarriles (*Eisenbahn-Bundesamt*) mediante el cual se ordenaba el desmontaje de una vieja línea de ferrocarril y su sustitución por otra nueva. El Tribunal afirma, con carácter general, que “De la valoración sumaria de la situación fáctica y jurídica que se realiza en el proceso cautelar según los arts. 80.5, apart. 1, y 80a.3 VwGO, se deduce que el recurso de anulación carece de las suficientes perspectivas de éxito. Los demandantes no pueden exigir en el actual estado de conocimiento la anulación del acto de adopción del plan”.¹⁰³⁵ El Tribunal hace referencia al “actual” estado de la

¹⁰³² Ya en la resolución de la Sección 5ª del Tribunal Administrativo Federal de 9 de septiembre de 1960 (NJW 1961, 90) se indica que en el restablecimiento del efecto suspensivo del acto ejecutado voluntariamente (y de forma excepcional, por tanto, al carácter suspensivo del mismo) se han de ponderar los intereses de quien solicita una pronta ejecución del acto administrativo y de quien reclama el restablecimiento del *statu quo ante*.

¹⁰³³ Sin embargo, como se indica más adelante, si ambas pretensiones, la cautelar y la de fondo coinciden, entonces el análisis a realizar es todavía más riguroso.

¹⁰³⁴ Az 11 VR 6/98.

¹⁰³⁵ Cfr. FJ 2º.

investigación, indicando con ello que, dado que dichos resultados son aún provisionales, la medida adoptada también lo es.

El contenido de la valoración sumaria no se define en las normas, pero el Tribunal Administrativo Federal ha establecido en su jurisprudencia cuál es el significado que se ha de atribuir a esta expresión. Así, en la resolución de 21 de junio de 1982¹⁰³⁶, el Tribunal Administrativo Federal estableció cuál es uno de los propósitos de la "valoración sumaria" necesaria para la adopción de una medida cautelar, a saber, la constatación de la existencia de "serias dudas sobre la legalidad del acto impugnado"¹⁰³⁷. Para ello se han de estudiar las perspectivas de éxito de la demanda principal (*Beurteilung der Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren*). El análisis del perjuicio, en general, no goza de protagonismo en estas valoraciones sumarias¹⁰³⁸, que se centran en el *fumus boni iuris* y que guardan una estrecha relación con el perjuicio del fondo. Precisamente considerando el perjuicio del fondo, el Tribunal Administrativo Federal ha estimado necesario establecer baremos diferentes de análisis, según que la pretensión cautelar presente mayor o menor parecido con la pretensión de fondo. Así, en los supuestos en que exista identidad de pretensiones, el Tribunal Administrativo Federal somete el estudio de las perspectivas de éxito a un estándar más riguroso (*strenger Maßstab*).¹⁰³⁹

¹⁰³⁶ 1 WB 77/82: "Una orden provisional sólo se puede adoptar si ya en la valoración sumaria se aprecian serias dudas sobre la legalidad del acto impugnado." Este supuesto, a diferencia de otros que he citado, no se refiere a la suspensión, sino a la adopción de órdenes provisionales.

¹⁰³⁷ "Durchgreifende Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Maßnahme".

¹⁰³⁸ El análisis del perjuicio se considera un complemento del *fumus*. Vid. resolución de 29 de agosto de 1985, Az. 1 WB 17/85, NZWehr 1986, pp. 130ss., que se refiere explícitamente al concepto de perjuicio en el contexto de la valoración sumaria que el juez está llamado a realizar: "Dado que el legislador ha otorgado prevalencia, en general, al interés público que implica la ejecución inmediata de los actos de regulación de los cuerpos militares, la suspensión de dichos actos sólo es posible si ya en la valoración sumaria se aprecian serias dudas sobre la legalidad del acto impugnado o si la ejecución inmediata fuera susceptible de ocasionar perjuicios graves y, especialmente, irreparables (jurisprudencia asentada de la Sala; cfr. últimamente el auto de 20 de junio de 1985)".

¹⁰³⁹ La resolución de 21 de junio de 1982 que se acaba de citar se manifiesta en un sentido idéntico a la de 16 de agosto de 1978, Az. 1 WB 112/78, BVerwGE 63, 110-114 = RiA 1979, 154 = ZBR 1981, 390-391, en la que se afirma que "[e]n lo que respecta al enjuiciamiento de las perspectivas de éxito del procedimiento

En ocasiones, el Tribunal Administrativo Federal se ha referido al carácter manifiestamente infundado de la demanda principal. Este es el supuesto, por ejemplo, de la temprana resolución de 30 de noviembre de 1976¹⁰⁴⁰, relativa al acto de revocación de un Alcalde en el *Land* de Renania-Palatinado. En esta resolución el alto órgano jurisdiccional consideró que, en el caso concreto, no cabía hablar del carácter manifiestamente infundado de la demanda, dado que la cuestión jurídica subyacente en ningún momento había sido dilucidada por el Tribunal Administrativo Federal¹⁰⁴¹ y porque en este momento procesal no cabía realizar una prueba sumaria sobre dicho carácter infundado, algo que en otras circunstancias sí se admite.¹⁰⁴² Ello indica, en cierta manera, una conexión con la teoría de las nulidades aplicada en España para la valoración del *fumus*. Así, si existe un pronunciamiento jurisprudencial previo (el Tribunal Administrativo Federal exige que lo sea de un alto órgano jurisdiccional, esto es, del propio Tribunal Supremo) relativo a la cuestión de fondo dilucidada en el pleito, habrá de tenerse en cuenta dicha jurisprudencia a efectos de valorar las perspectivas de éxito de la demanda principal.

principal, se ha de exigir un estándar más elevado en los supuestos en los que el demandante de una orden provisional pudiera alcanzar con dicha medida o, como en el caso de autos, hubiera logrado ya, su objetivo en el proceso principal" (con referencias doctrinales).

¹⁰⁴⁰ Az. VII C 45.76, Buchholz 310 § 80 VWGO Nr 29. Se trata de un supuesto de aplicación del derogado apartado 6 del artículo 80 VwGO (que se refería a la cláusula *reus sic stantibus*), para el cual, tal y como establece el Tribunal Administrativo Federal en esta resolución, resulta de aplicación el régimen de evaluación aplicable a la restitución del efecto suspensivo previsto en el art. 80.5 VwGO. Esta identidad de criterios para los supuestos del 80.5 VwGO y del 80.6 VwGO se plasma también en la resolución de 22 de enero de 1988, 5 C 51/87, Buchholz 310 § 80 VWGO Nr 47.

¹⁰⁴¹ "La razón es que la cuestión decisiva sobre la adecuación de la base jurídica de la revocación (art. 55 GemO) con la ley reguladora de la función pública por la cual el Tribunal Administrativo de Apelación ha admitido el recurso como "de relevancia esencial" a efectos del art. 132.2 Nr. 1 VwGO, permitiendo que el demandado interponga recurso de casación, todavía no ha sido objeto de resolución por la alta jurisprudencia".

¹⁰⁴² "Y la responsabilidad se deduce de la necesariamente sumaria valoración en el contexto del procedimiento del art. 80.6.1 VwGO".

El análisis del carácter manifiestamente fundado o no de la demanda vuelve a ser el pivote en torno al cual gira la resolución del Tribunal Administrativo Federal de 25 de abril de 1985¹⁰⁴³ y, de nuevo, el alto Tribunal rechaza entrar en la cuestión de fondo. Se trataba de una cuestión que no había sido aclarada hasta dicho momento por la jurisprudencia de los altos Tribunales – criterio éste que desempeña un destacado papel en la formación de la voluntad del juez cautelar alemán - y de las alegaciones del demandante no se deducían razones suficientes para poner en duda la legalidad del plan impugnado. En el control casacional de la motivación que al efecto ha realizado el Tribunal de apelación, estima que dicha motivación ha sido correcta y rechaza estudiar sumariamente las perspectivas de éxito. El Tribunal estudia los efectos de la ejecución y de la suspensión del acto impugnado y, tras establecer que no cabe efecto suspensivo en el caso concreto, afirma que “[p]or otro lado, la ordenación de la ejecución inmediata no se puede rechazar si el recurso contra el acto suspendido se encuentra (desde estos momentos)¹⁰⁴⁴ manifiestamente privado de perspectivas de éxito”. En el caso concreto parece claro que el recurso se encuentra manifiestamente privado de perspectivas de éxito, dado que las dos instancias anteriores han fallado en contra del mismo¹⁰⁴⁵, no sólo a raíz de una evaluación provisional de las perspectivas de éxito de la demanda, sino, incluso, tras un examen en profundidad de las pretensiones.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴³ 4 C 13/85, Buchholz 310 § 80 VWGO Nr 45. En este caso se trata de un recurso frente al plan de construcción de un aeropuerto en el *Land* de Baviera.

¹⁰⁴⁴ Esta expresión se entiende si se tiene en cuenta que el recurso se interpuso en el contexto del derogado art. 80.6 VwGO, que contenía antiguamente la cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁰⁴⁵ Este es un criterio firmemente asentado en la jurisprudencia del Tribunal como indicador de la existencia de un *fumus boni iuris* a favor o en contra de las pretensiones. Véase la temprana resolución de 14 de noviembre de 1972 (IV C 49.72, Buchholz 310 § 80 VWGO Nr 21, que se pronuncia en los siguientes términos: “Cuando la Administración, como en el presente caso, puede apelar a dos resoluciones judiciales previas favorables, compete al demandante, según jurisprudencia asentada del Bundesverwaltungsgericht, probar los elementos que hagan patente que su interés por la restitución del efecto suspensivo es igualmente prevalente”. También la resolución de 30 de noviembre de 1976 (VII C 45.76, Buchholz 310 § 80 VWGO Nr 29, donde se afirmó que “[s]in embargo, no se puede partir de una manifiesta falta de fundamento de la demanda, también teniendo en consideración que el demandado ha obtenido una resolución favorable a su demanda contra el acto de revocación en las dos instancias anteriores”.

¹⁰⁴⁶ “El Tribunal de Apelación ha denegado el éxito de la demanda no solamente sobre la base de una inicial valoración sumaria de la situación de hecho y de Derecho, sino tras una valoración exhaustiva de la demanda principal. Sólo sobre la

Una regla especial se contiene para los supuestos de demanda de asilo político, que se rigen por una legislación específica en lo que a la tutela cautelar se refiere. La regla especial deriva del siguiente hecho: las demandas de asilo político pueden ser desestimadas por la Administración competente, bien como simplemente infundadas, o bien como manifiestamente infundadas. En el caso de que sean desestimadas como manifiestamente infundadas y ello sea objeto de un recurso de anulación, acompañado de una demanda de suspensión provisional de acto impugnado, el Tribunal Administrativo Federal ha establecido que el juez ha de tener en cuenta no sólo el dato formal de la desestimación por carácter manifiestamente infundado, sino también si ello se ajusta a Derecho y si el carácter manifiestamente infundado puede continuar sosteniéndose durante la tramitación del proceso.¹⁰⁴⁷

C.- Francia: modificación de la expresión que designa el *fumus* para permitir la entrada de una interpretación más benévola

El análisis del contenido que la jurisprudencia francesa otorga al criterio del *fumus boni iuris* presenta dificultades desde el punto de vista metodológico, dado el carácter escueto de las resoluciones del Consejo de Estado. Esta deficiencia se ha visto paliada en cierta medida con la aplicación del nuevo Código de Justicia Administrativa, ya que el Consejo se ha esforzado por elaborar una doctrina clara y didáctica sobre la nueva institución del *référé* administrativo.

base de una exhaustiva valoración fáctica y jurídica ha eliminado el Tribunal de Apelación la inicial orden de restitución del efecto suspensivo de la demanda de anulación".

¹⁰⁴⁷ Resolución de 17 de febrero de 1986, Az. 1 B 30/86, DVBl 1986, 518-519 = DÖV 1986, 611-611 = Buchholz 402.25 § 11 AsylVfG Nr 1 = ZfSH/SGB 1986, 445-446 = ARS IV Bd 1 Allg.: "En el procedimiento del art. 80.5 VwGO no sólo se ha de comprobar el requisito formal relativo a la desestimación de la demanda de asilo como manifiestamente infundada; para garantizar la tutela judicial efectiva, el Tribunal tiene que evaluar si la demanda de asilo ha sido correctamente considerada como manifiestamente desprovista de fundamento y si dicha desestimación puede continuar existiendo. Si no concurre el carácter manifiesto apreciado por la Administración central, entonces se ha de ordenar el efecto suspensivo de la demanda de anulación contra la amenaza de expulsión".

Desde hace unos años, además, se ha venido exigiendo al *Palais Royal* una motivación más detallada y acorde con las exigencias del Estado de Derecho. En este sentido se han de citar las conclusiones del Comisario del Gobierno Schwartz, presentadas el 5 de noviembre de 1993 en los casos *Commune de Saint-Quay-Portrieux/Société anonyme immobilière de construction La Gauloise/Ville de Strasbourg/Société civile immobilière du Marais/Époux Péan*.¹⁰⁴⁸ El Comisario Schwartz alude a los requisitos de adopción de la suspensión de los actos administrativos, a saber, las consecuencias difícilmente reparables y las alegaciones serias que justifiquen la anulación del acto impugnado. Respecto a este último requisito, Schwartz elabora sus conclusiones en torno a la motivación necesaria de los autos que ordenan la suspensión y que se debaten entre la necesaria urgencia que caracteriza este procedimiento y las garantías procesales propias del principio de contradicción.

Así, si bien la motivación resulta imprescindible y se vincula al control que los jueces están llamados a ejercer (idea que se retomará años más tarde con la construcción de la ponderación de intereses a la que me refiero en el siguiente capítulo), “el juez no puede desarrollar un razonamiento jurídico articulado” en este estadio del procedimiento. En este sentido, “exigir del juez una motivación plena y completa en materia de suspensión conduciría (...) a un abandono de hecho del procedimiento. El juez administrativo (...) renunciaría a la urgencia para consagrarse a un examen a fondo del expediente. De esta manera se mataría el procedimiento”. El Comisario del Gobierno se manifiesta partidario de ejercer un control más férreo de la motivación de los autos de suspensión de actos administrativos. Sin embargo, considera, ello implicaría en buena medida entrar a conocer de la legalidad interna de la resolución adoptada y, así, el control casacional se

¹⁰⁴⁸ Publicadas en RFDA 10 (1), enero-febrero 1994, pp. 43ss., con el título “L’étendue du contrôle de cassation sur la notion de “moyens sérieux” en matière de sursis à exécution”. El Consejo de Estado, con el laconismo que le caracteriza, seguirá las conclusiones del Comisario del Gobierno. Más recientemente, sobre idéntica cuestión, v. *Les modalités du contrôle de cassation sur les ordonnances de référé suspension. Le contrôle de l’erreur de droit des ordonnances de référé suspension pratiqué par le juge de cassation doit tenir compte de l’office particulier dévolu au juge des référés*, AJDA 17 (2003), pp. 278ss.

convertiría en una tercera instancia jurisdiccional. Es este peligro, la conversión de la casación en una tercera instancia jurisdiccional – algo contrario a la reforma operada en 1987, en opinión de Schwartz -, la preocupación que rodea toda esta materia y que se encuentra presente en las escuetas resoluciones del Consejo de Estado. Por esta razón, en las conclusiones se pasa revista al contenido que dicho control casacional ha de comportar, en aras a garantizar la función que tiene designada.

Se ha de destacar que el Comisario de Gobierno propone la distinción de dos regímenes, según que la suspensión se otorgue o no. Así, si el juez de las medidas cautelares estima que no cabe dicha suspensión, la motivación requerida es inferior o menos elaborada que en los supuestos en los que la suspensión se acuerde. Ello es así debido a que se considera que la suspensión es, en realidad, una excepción al principio general de ejecución de los actos administrativos, considerada regla fundamental del Derecho público.¹⁰⁴⁹ Schwartz entiende, además, que esta diferencia de regímenes viene avalada por las resoluciones del Consejo Constitucional que vinculan tutela cautelar y derechos de la defensa, dado que dichas resoluciones admiten que los efectos de los autos que acuerdan y que deniegan la suspensión pueden diferir.¹⁰⁵⁰ Tal y como afirma el Comisario, *“en el primero de los casos, el juez goza de un poder discrecional para desestimar la demanda de suspensión, mientras que en el otro aplica una regla de Derecho que, en general, deriva de nuestro control”*. El tipo de verificación o control que ha de realizar el juez de casación es, por ello, limitado. Además, las alegaciones serias que justifican el *fumus* han de ser alegaciones fundadas, de manera que el juez de la casación ha de limitarse a valorar la efectividad probable de las alegaciones de las que en su día conocerá el juez de fondo, sin necesidad de realizar un examen exhaustivo de las mismas.¹⁰⁵¹ Sin embargo,

¹⁰⁴⁹ El principio fue reconocido por el Consejo de Estado en su resolución de 2 de julio de 1982, *Hugo*, Rec. p. 257.

¹⁰⁵⁰ Cfr. p. 48 de las Conclusiones.

¹⁰⁵¹ Cfr. p. 49 de las Conclusiones.

entiendo que una motivación adecuada es necesaria tanto en uno como en otro supuesto, pese a que la intensidad del control pueda ofrecer ciertas divergencias.¹⁰⁵²

Las diferencias en la motivación se aprecian en la jurisprudencia del Consejo de Estado tras la reforma de 2001. Así, sus autos suelen ser más prolijos en los supuestos en los que acuerda la medida cautelar solicitada, mientras que apenas se limita a constatar la no concurrencia de los requisitos legales en los casos de denegación de la medida. Ello no obstante, se aprecia un cierto cambio con respecto a la jurisprudencia tradicional tras la introducción del criterio de “apreciación objetiva de la urgencia”, criterio que aparece en el importante auto del Consejo de Estado de 28 de febrero de 2001, *Préfet des Alpes Maritimes/Société Sud-Est Assainissement*¹⁰⁵³. Pocos días más tarde, el 5 de marzo de 2001¹⁰⁵⁴, otro auto retomó el criterio de la “urgencia considerada objetivamente y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto”. La mención a dicho criterio se realizó inmediatamente a continuación de la cita del texto legal que contempla el *référé-suspension*, indicando que se trata de una interpretación del texto legal que ha de emplearse en todo caso. En este análisis global de la urgencia se pasa revista al complejo de intereses potencialmente afectados por la suspensión del acto: estos intereses se configuran no sólo a raíz de los eventuales perjuicios que la mora procesal pueda causar en las diversas situaciones jurídicas afectadas por el litigio, sino también mediante el contexto jurídico que lo define. Así, el auto de 5 de marzo que se ha mencionado más arriba alude a la “naturaleza del litigio” para contextualizar los perjuicios que el transcurso del tiempo pueda irrogar a las partes en el proceso.

El Consejo de Estado, como ya se indicó, actúa en ocasiones no como juez de casación, sino como juez de apelación. Este es el caso, especialmente, de los recursos

¹⁰⁵² Conclusiones del Comisario del Gobierno M. TOUVET.

¹⁰⁵³ NN. 229562, 229563, 229721. Esta cuestión será objeto de atención detallada en el capítulo 9.

¹⁰⁵⁴ *Syndicat des Travailleurs Corses (S.T.C.)*, n. 230681.

frente a los autos relativos al nuevo instrumento cautelar conocido como “*référé-liberté*”, instaurado por el Código de Justicia Administrativa de 2001. Así, en la primera de las resoluciones concernientes a esta institución, el auto de 12 de enero de 2001¹⁰⁵⁵, el análisis del requisito legal de la “vulneración grave y manifiestamente ilegal” de una libertad fundamental previsto en el art. L. 521-2 CJA se realizó en estrecha vinculación con el derecho material que afectaba a la cuestión, algo característico de la apelación y que en principio no tiene cabida en la casación. En el caso concreto se trataba de un conflicto surgido a raíz de una demanda de asilo político, así como de la solicitud de un permiso de residencia en Francia. El Consejo de Estado hizo referencia a la legislación aplicable en la materia y constató que la desestimación de la demanda interpuesta por la señora Hyacinthe no había sido ajustada a Derecho. Por ello, concluyó que “*en el ejercicio de sus poderes, la autoridad administrativa ha vulnerado de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental*”¹⁰⁵⁶, una argumentación que, de nuevo, es propia de la apelación, pero no de la casación. Esta precisión tiene importancia desde el punto de vista de la posible extrapolación de esta jurisprudencia a la aplicación de otras medidas cautelares. Las referencias jurisprudenciales – en especial en lo que afecta a la integración del *fumus* - habrán de realizarse, pues, con suma precaución, discriminando las especialidades que el legislador ha querido conferir a determinados instrumentos y no a otros.

Pocos días más tarde, el 18 de enero de 2001¹⁰⁵⁷, el Consejo de Estado anuló un auto del Tribunal Administrativo de Marsella que estimaba la demanda de *référé-liberté* basada en una vulneración de la libertad de expresión y de los derechos de voto y

¹⁰⁵⁵ Asunto n. 229039, *Mme. Rose-Michèle HYACINTHE*.

¹⁰⁵⁶ Pese a esta apreciación, se ha de indicar que el Consejo de Estado no tuvo necesidad de resolver el recurso, ya que éste quedó desprovisto de objeto. En efecto, durante la tramitación del mismo, la Administración demandada (el Ministerio del Interior, dado que es quien tiene la legitimación procesal ante el Consejo de Estado en los supuestos en los que el conflicto deriva de un acto de un Prefecto, como es el presente caso) satisfizo la pretensión de la demandante y, con ello, se le concedió un permiso provisional de residencia. En este sentido, la resolución puede ser una interesante muestra de cómo la institución de las medidas cautelares es utilizada en ocasiones como mecanismo de conciliación, transacción o finalización anticipada del proceso.

¹⁰⁵⁷ Asunto n. 229247, *Commune de Venelles (Bouches-du-Rhône)*, *M. Morbelli*.

representación. El Tribunal Administrativo de Marsella ordenaba al alcalde de Venelles, en el departamento de Bouches-du-Rhône, en el sur de Francia, que convocara el pleno de la corporación municipal para deliberar sobre la designación de los delegados comunales en el consejo de una entidad territorial, una "*communauté d'agglomération*", en la región de Aix.

El Tribunal desestimó la demanda, por no concurrencia del requisito de la vulneración grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, pero sin profundizar en la argumentación. Ello es coherente con la línea general propuesta para la suspensión cautelar por el Comisario del Gobierno Schwartz en sus conclusiones más arriba mencionadas: en los supuestos de estimación del criterio del *fumus* se ha de justificar razonablemente qué aspectos han guiado la decisión, mientras que en los supuestos de desestimación no es necesario exponer los argumentos concretos que han determinado la resolución. Cabe preguntarse si, como en el anterior caso pero en sentido contrario, la doctrina propuesta por Schwartz, elaborada en el contexto de la suspensión, resulta de aplicación para el *référé-liberté*. El Comisario del Gobierno justificaba su propuesta basandose en el principio general de Derecho público que establece como regla la ejecutividad de los actos administrativos, mientras que la suspensión (y, añadiría, otro tipo de medidas cautelares que pudieran afectar de una u otra manera a dicha suspensión) se considera la excepción. Sin embargo, el ámbito del *référé-liberté* no siempre coincide con el de la suspensión y, por ello, entiendo que la jurisprudencia sobre la suspensión ha de aplicarse a otras medidas cautelares sólo de forma discriminatoria y razonada.

Una actitud similar se aprecia en el auto de 7 de febrero de 2001¹⁰⁵⁸, en el que el Consejo de Estado resuelve un recurso interpuesto frente a la orden provisional decretada por el Tribunal Administrativo de Basse-Terre (Guadalupe), mediante la cual

¹⁰⁵⁸ Asuntos n. 229921 y 229922, *Commune de Pointe-a-Pitre*.

se obliga a la comuna de Pointe-a-Pitre que facilite copia de las listas electorales correspondientes a los colegios electorales de la comuna, acompañadas de las tablas de rectificaciones. La orden en cuestión se adoptó como medida cautelar de *référé-liberté*, sobre la base de una vulneración grave y manifiestamente ilegal de los derechos de expresión y de sufragio. El Consejo de Estado, sin identificar cuáles son los elementos que le han llevado a adoptar su decisión, estima que no se ha producido una vulneración de estas características, de manera que suspende cautelarmente la resolución de la instancia.¹⁰⁵⁹

Del análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de *référé* tras la entrada en vigor del nuevo Código de Justicia Administrativa, parece deducirse que el juez es más tendente a centrarse en criterios vinculados con el *fumus boni iuris* cuando ha de conocer de pretensiones de *référé-liberté*, mientras que acude al concepto de la urgencia en los supuestos de aplicación del *référé-suspension*.¹⁰⁶⁰ Este comportamiento responde también al tipo de alegaciones que realizan las partes, que, en especial en la contestación de la demanda, se vinculan estrechamente con el fondo del asunto.

D.- El Derecho comunitario

En lo que al Derecho comunitario se refiere, no cabe desarrollar las variantes del *fumus* en el contexto del contencioso-administrativo, toda vez que no existen diferencias formales (aunque es cierto que probablemente sí existen desde el punto de vista material) entre los asuntos civiles y los asuntos contencioso-administrativos. Por ello,

¹⁰⁵⁹ En otros autos la tendencia continúa siendo la misma: cfr. auto de 9 de febrero de 2001, as. n. 230112, *Dr. Philippart/Dr. Lesage*, donde se alegaba una vulneración grave y manifiestamente ilegal de la libertad profesional, debido fundamentalmente a una motivación deficiente del acto que deniega el acceso a la profesión, acompañada de un error manifiesto de apreciación.

¹⁰⁶⁰ A estos efectos me remito al capítulo anterior. Sin embargo, citaré algunas de las primeras resoluciones en materia de *référé-suspension* en las que el Consejo de Estado se limitó a analizar el criterio de la urgencia: auto de 13 de febrero de 2001, as. n. 228962, *Société GOLDEN HARVEST ZELDER*; auto de 15 de febrero de 2001, as. n. 230312, *Association Hautes-Alpes Demain et autres*; auto de 28 de febrero de 2001, *Union syndicale Groupe des 10*, n. 229881.

sobre las diferentes acepciones del *fumus* y sus aplicaciones en la jurisprudencia, me remito a los epígrafes anteriores, en los que ya se ha dado cuenta de esta cuestión.

III.- LA PROHIBICIÓN DE PREJUZGAR EL FONDO

La prohibición de prejuzgar el fondo ha sido considerada tradicionalmente un límite para la adopción de medidas cautelares, especialmente en lo que a la aplicación del criterio del *fumus boni iuris* se refiere. El peligro del prejuicio en el análisis del *fumus* es evidente, toda vez que el juez está llamado a valorar, aun cuando deba hacerlo de una manera únicamente provisional, las posibilidades que tiene de prosperar la demanda principal. En este sentido, cuanto más exigente se sea con respecto al *fumus*, esto es, cuanto mayor grado de convencimiento en el juez se haya de generar, mayores posibilidades concurrirán para que, en efecto, se produzca un prejuicio de la cuestión de fondo. Es dudoso que si un juez ha de alcanzar un convencimiento casi absoluto de una cuestión jurídica, vaya a cambiar su modo de ver la situación poco tiempo después, en una sentencia sobre el fondo.¹⁰⁶¹ Es cierto que poseerá mayores elementos de prueba que pueden inclinar la balanza en otra dirección. Sin embargo, si lo que se le ha exigido en sede cautelar es la casi absoluta seguridad de la adecuación a Derecho de una concreta pretensión jurídica, tardará en hallar dicho convencimiento y, probablemente, no lo pondrá de manifiesto hasta disponer de elementos relevantes para emitir su juicio, elementos que difícilmente van a diferir de aquellos que le servirán de base en la sentencia de fondo.

Dicho lo anterior, algunas voces se han alzado ya, especialmente en determinados ordenamientos, como el alemán, en pos de una eliminación de dicha

¹⁰⁶¹ En este sentido conviene indicar la importancia de separar la competencia para conocer del proceso cautelar y el de fondo.

prohibición en ciertos casos.¹⁰⁶² Ello es debido a que en ciertos supuestos sólo de esta manera se garantizará el mandato constitucional de una tutela judicial efectiva.¹⁰⁶³ Así, SCHOCH constata cómo la prohibición se encuentra ausente en la práctica, y cómo los tribunales encuentran excepciones al amparo del art. 19.4 GG, de manera tal que podría llegar a proclamarse la desaparición de esta prohibición. Uno de sus argumentos esenciales es la afirmación de que, de un modo u otro, una medida cautelar siempre prejuzga, dado que, tanto si es adoptada como si no, favorecerá a una de las partes.¹⁰⁶⁴ A pesar de los atractivos de esta teoría, y a pesar del gran eco que el trabajo de SCHOCH ha encontrado en doctrina y jurisprudencia, los jueces no parecen seguir hasta la fecha, al menos de modo decidido, su propuesta de eliminar la prohibición del fondo del asunto y proceder a resolver los procedimientos mediante juicios sumarios.¹⁰⁶⁵

En Francia, las propuestas se decantan más por una aproximación menos teórica y más realista. Así, DUGRIP afirma que *“[e]n la práctica, sin embargo, es fácil apreciarlo, la suspensión del acto no se puede acordar sin un cierto prejuicio del fondo, ya que el juez, cuando adopta*

¹⁰⁶² V. tempranamente W. WIESELER, cit., pp. 184ss. M. BACIGALUPO, *La nueva tutela...*, cit., pp. 106ss.; del mismo autor, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, RAP 128 (1992), pp. 413ss. [p. 450]; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 289ss.; L. PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p. 309. Además, como recuerda el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en ciertos supuestos *“la tutela judicial efectiva exige resolver sobre el fondo en la propia vía cautelar”*, *La batalla...*, cit., p. 18.

¹⁰⁶³ En ocasiones, la necesidad de adoptar una resolución rápida ha llevado al juez a prescindir de la medida cautelar y adoptar la resolución definitiva directamente. Cfr. AATS de 2 de marzo de 2000, Ar. 2000/2891, Ponente: Goded Miranda; Ar. 2000/2892, Ponente: Goded Miranda. El asunto se refería a la asignación de espacios gratuitos de programación electoral a un partido político (Euskal Herritarrok) que promovía la abstención.

¹⁰⁶⁴ F. SCHOCH, cit., p. 1405. Además, este autor considera que el examen que ha de realizar el juez de la pretensión cautelar no puede ser sumario, sino concluyente (*abschließend*) y que la única diferencia con el proceso principal radica en los fundamentos de hecho, dado que en el recurso principal han de ser probados, mientras que en el juicio cautelar sólo se exige cierta verosimilitud (*Glaubhaftigkeit*). Cfr. F. SCHOCH, cit., p. 1566.

¹⁰⁶⁵ K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., p. 118.

su decisión, ha de presumir la anulación".¹⁰⁶⁶ Sin embargo, el prejuicio es relativo, ya que al juez siempre le queda expedita la vía para resolver en otro sentido diferente en el juicio principal.¹⁰⁶⁷

A continuación se presentará cómo la legislación y la jurisprudencia recogen dicha prohibición y de qué modo en ambos contextos se ha ido relativizando.

1.- Manifestaciones en la legislación y la jurisprudencia

El Derecho positivo vigente para la jurisdicción contencioso-administrativa no prevé expresamente la prohibición de prejuzgar el fondo. Ni los artículos 129 a 136 de la ley española, ni los artículos 80 y 123 de la alemana *Verwaltungsgerichtsordnung*, ni la nueva regulación del *référé* administrativo en Francia contemplan esta condición. Más aún, en este último contexto, se ha eliminado precisamente la referencia que sí se incluía en la normativa anterior. El art. L. 521-3 CJA, que prevé el régimen jurídico del *référé conservatoire* ha sustituido al antiguo art. R 130 CTA-TAA, donde sí se prohibía al juez el prejuicio del fondo del asunto. Como indican los comentaristas de la nueva ley, si bien las medidas cautelares conservan su provisionalidad, la prohibición ha desaparecido, circunstancia que deja un mayor margen de maniobra al juez.¹⁰⁶⁸

En lo que al Derecho español se refiere se ha de realizar, sin embargo, una precisión. Dado el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se analiza en el capítulo 2, se ha de mencionar su art. 726, que establece en su apartado segundo que "*con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan*

¹⁰⁶⁶ Cfr. O. DUGRIP, cit., p. 283.

¹⁰⁶⁷ Cfr. O. DUGRIP, cit., p. 284.

¹⁰⁶⁸ Cfr. C. LEPAGE/ Ch. HUGLO, *Code de Justice Administrative*, Litec, París, 2001, p. 136.

en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte” (el subrayado es mío). En primer lugar, conviene decidir si este precepto es supletorio, en línea con la “supletoriedad selectiva” que ya se mencionó. En principio podría sostenerse que, en la medida en que esta previsión se incluye en el capítulo correspondiente a las disposiciones generales sobre las medidas cautelares, sí ha de considerarse supletoria para el contencioso-administrativo. Sin embargo, el propio concepto de “prejuicio del fondo” plantea problemas, dado que su contenido no es claro. En este sentido, entiendo que se requiere una interpretación propia por los jueces de lo contencioso que tenga en consideración las particularidades del Derecho Administrativo.

2.- El contenido de la prohibición de prejuzgar el fondo

El contenido de la prohibición de prejuzgar el fondo está lejos de ser consensuado o claro en los ordenamientos, debido precisamente a la ausencia de previsión normativa al respecto. El desarrollo de dicho contenido ha tenido lugar, como tantas otras materias, en la jurisprudencia. En ocasiones, como es el caso español, el juez se limita a recordar que se ve impedido de prejuzgar el fondo, sin especificar en qué consiste dicho prejuicio ni cuáles han de ser sus requisitos. A título de ejemplo puede citarse el ATS de 3 de abril de 2001¹⁰⁶⁹, cuyo FJ 4º reza como sigue:

“Ninguno de dichos argumentos puede bastar para que esta Sala adopte la medida cautelar de suspensión que se postula, puesto que no se acredita ni se deduce de lo alegado que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, y por razón de que lo que se recurre es un acto de archivo de una denuncia y de que se fundamenta la petición en hechos que, ahora, desconoce esta Sala y que sólo en el curso de los autos principales podrá, en su caso, conocer y, también en su caso, adoptar la resolución que proceda, puesto que lo contrario prejuzgaría indebidamente la cuestión de fondo, al margen de que no se nos alcanza, ni la parte recurrente nos ilustra

¹⁰⁶⁹ Ponente: Martín González, Ar. 2001/2856. No se entiende muy bien por qué razón el juez no puede conocer de la pretensión en sede cautelar, dado que no se especifica cuáles son los límites exactos.

*al respecto, en qué podría consistir la suspensión que se pide, que, obviamente, no podría suponer la imposición ahora de sanción alguna, sin que tampoco la apariencia de buen derecho podría basarse en lo que invoca dicha parte, por lo que ha de denegarse la suspensión que se solicita, al no ocasionarse tampoco con la no suspensión daños irreparables o de difícil reparación” (el subrayado es nuestro).*¹⁰⁷⁰

Además, incluso, se confunden *fumus* y perjuicio del fondo, provocando un uso reducido del primero. Así, por ejemplo, en todos los supuestos en los que, siguiendo la teoría de las nulidades, la nulidad del acto no es evidente, ostensible y manifiesta, se va a considerar que se produce perjuicio del fondo.¹⁰⁷¹ En este sentido, puede citarse el ATS de 9 de marzo de 2001, que resuelve un recurso de súplica, manifestando en el FJ 3º que “[l]a alegación, nuevamente, del “*fumus boni iuris*” resulta inadecuada, pues sólo será la sentencia que contenga el examen de fondo la que se pronunciará sobre los aspectos sustanciales de dicha cuestión, como han tenido ocasión de reconocer reiteradas resoluciones de esta Sala (...)”. La jurisprudencia citada en el auto, y que le sirve de sustento, es anterior a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, circunstancia que puede llevar a plantear si es adecuado remitirse a los pronunciamientos anteriores cuando el contexto

¹⁰⁷⁰ También se suelen utilizar fórmulas de estilo: “al no ser el incidente de suspensión *causa procesal idónea para decidir sobre la que es objeto del litigio*”. Cfr. ATS de 9 de julio de 1999, Ponente: Martín González, Ar. 1999/6836, FJ 3º; ATS de 23 de abril de 1999, Ponente: Martín González, Ar. 1999/4645, FJ 2º; ATS de 6 de abril de 1999, Ponente: Martín González, Ar. 1999/4361, FJ 4º; ATS de 3 de abril de 2001, Ponente: Martín González, Ar. 2001/2856, FJ 2º. O bien, “la *aparencia de buen derecho* (...) debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto”. Cfr. ATS de 5 de diciembre de 2000, Ponente: Maurandi Guillén, Ar. 2001/286, FJ 3º; ATS de 8 de marzo de 2001, Ponente: Maurandi Guillén, Ar. 2001/2848, FJ 2º; ATS de 15 de septiembre de 1999, Ponente: Maurandi Guillén, Ar. 1999/10201, FJ 1º

¹⁰⁷¹ Cfr. ATS de 19 de febrero de 2001 [Ponente: Goded Miranda, Ar. 2001/2845]. En su FJ 3º se afirma que “[l]a *aparencia de buen derecho* como *causa determinante de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos* ha sido acogida por la Sala en supuestos muy concretos, en los que resultaba “*ab initio*” de una manifiesta evidencia la *aparencia de lesión a la legalidad* cometida por la Administración o constaban sólidos antecedentes jurisprudenciales en los que, para casos iguales, se habían dictado sentencias estimatorias de los respectivos recursos. Estas circunstancias no concurren en el supuesto que ahora consideramos, en que la nulidad de la sanción de advertencia, por haber sufrido indefensión el Magistrado sancionado, no es evidente, ostensible y manifiesta, ya que a ella se oponen los razonamientos expresados en la resolución del Pleno del CGPJ de 10 de octubre de 2000, sobre los cuales habremos de pronunciarnos en la sentencia que ponga fin al litigio”.

normativo se ha visto modificado y refleja, además, una concepción diferente de las instituciones.¹⁰⁷²

La confusión entre el *fumus* y el prejuicio del fondo, por lo demás, se ha producido también en otros ordenamientos, como el alemán, razón por la cual el Tribunal Constitucional germano se vio obligado a recordar en 1984 que *“una valoración de las perspectivas de éxito de la demanda principal en los procedimientos administrativos de urgencia no conlleva un prejuicio del fondo del asunto, sino únicamente una adecuada determinación o valoración de los intereses (entendidos de forma omnicomprendensiva) que juegan a favor y en contra del mantenimiento de la ejecución inmediata”*.¹⁰⁷³

El prejuicio del fondo puede entenderse, en primer lugar, como una identidad de los pronunciamientos judiciales cautelar y definitivo. Esta opción, que parece la más indicada, debe sin embargo descartarse por varias razones. De un lado, la coincidencia entre ambos pronunciamientos no puede considerarse errada o punible, sino al contrario: habría de congratularse por la obtención de la razón judicial, que posteriormente se confirma por ser la jurídicamente correcta, dado que de esta manera no habrán de deshacerse situaciones consolidadas por el tiempo. De otro lado existe un argumento de Derecho positivo – al menos en España – que obliga a descartar esta interpretación. El art. 726 LEC que se ha mencionado diferencia entre “órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso” y el hecho de “prejuizar la sentencia que en definitiva se dicte”. La ley prohíbe lo segundo, pero permite lo primero.

¹⁰⁷² Ponente: González Rivas, Ar. 2001/2849. V. también el ATS de 5 de febrero de 2001 [Ponente: Trujillo Mamely, Ar. 2001/1398].

¹⁰⁷³ NVwZ 1984,429: *“Una evaluación de las perspectivas de éxito del recurso principal en un proceso contencioso-administrativo sumario no conlleva un prejuicio parcial de la resolución de fondo sobre la estimación o la desestimación del recurso, sino únicamente la verificación y la valoración (en este sentido, se ha de entender una valoración completa) de los intereses que juegan a favor y en contra del mantenimiento de la ejecución inmediata”*.

En segundo lugar, la prohibición de prejuzgar el fondo puede indicar la ausencia del efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales en materia cautelar, vertiente que, entre otras, se recoge en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la prohibición a la que me estoy refiriendo.¹⁰⁷⁴ Ello no obstante, el efecto de cosa juzgada es algo ajeno a la actividad enjuiciadora que realice el juez, esto es, no afecta a la valoración que de una determinada cuestión haya de efectuar. Se trata de una consecuencia procesal que establece el legislador si así lo estima oportuno, pero que no afecta al contenido mismo de dicha resolución.

En tercer lugar, la prohibición puede venir referida a las alegaciones de las partes, a los medios de prueba y a los poderes del juez para tenerlo en consideración. De nuevo, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés es rica en ejemplos al respecto. Así, se ha considerado que hay prejuicio del fondo cuando el juez ha de calificar jurídicamente los hechos o valorar los documentos presentados.¹⁰⁷⁵ También lo hay en los supuestos en los que, en general, se plantean cuestiones que exigen entrar en el fondo del asunto y que, por tanto, implicarían una reproducción del debate del juicio principal.¹⁰⁷⁶ Sin embargo, ha de relativizarse con la instrumentalidad que se predica de las medidas cautelares, dado que es posible que sólo una resolución provisional que entre en el fondo del asunto sea la instrumentalmente adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia definitiva.

En España, la prohibición se vincula a la exhaustividad del examen que el juez ha de realizar. Así, el ATS de 5 de diciembre de 2000¹⁰⁷⁷, recuerda en el FJ 3º su

¹⁰⁷⁴ Cfr. CE, sección, 3 de octubre de 1958, *Sté des autocars garonnais*, Rec. CE, p. 468.

¹⁰⁷⁵ Cfr. CE, 12 de febrero de 1988, *Institut national des appellations d'origine (INAO) c/ Lajoie*, DA 1988, nº 196; CE de 15 de enero de 1988, *Poignault*, DA 1998, nº 121.

¹⁰⁷⁶ Conclusiones GUILLENSCHMIDT al asunto del CE de 2 de marzo de 1990, *Mme Peugnez*, Petites affiches 1990, nº 74, p. 7.

¹⁰⁷⁷ Ponente: Maurandi Guillén, Ar. 2001/286.

doctrina general en esta materia: “En línea con lo anterior, la aplicación del *“fumus boni iuris”* se ha matizado siguiendo una dirección paralela a la observada respecto de las alegaciones de nulidad de pleno derecho, exigiendo que la apariencia de buen derecho sea clara y manifiesta, y resaltando que debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto” (el subrayado es nuestro).¹⁰⁷⁸ En otro auto, de 4 de octubre de 2000¹⁰⁷⁹, el mismo ponente incidía en esta línea de interpretación, entendiendo que el prejuicio del fondo se produciría en los supuestos en los que el debate principal hubiera de reproducirse en todos sus momentos procesales y con todos los requisitos necesarios para ello. De esta manera, continuaba el auto, se vulneraría el derecho al proceso con todas las garantías debidas de contradicción y prueba, favoreciendo, eso sí, la tutela judicial efectiva de la otra parte.¹⁰⁸⁰

En ocasiones la prohibición de prejuzgar el fondo se ha vinculado con la imposibilidad del juez para sustituir el acto dictado por la Administración. Por ejemplo, en el ATS de 12 de septiembre de 2000¹⁰⁸¹, se afirma que “[no cabe] sustituir el acto impugnado por otro de signo distinto, en este momento procesal en el que no procede prejuzgar el fondo del asunto”.¹⁰⁸² Sin embargo, entiendo que el debate sobre la sustitución del acto administrativo se sitúa en un momento anterior, dado que pertenece al ámbito más general de los poderes del juez. En este sentido, una institución más específica como es

¹⁰⁷⁸ En ocasiones la argumentación es tan prolija que puede llevar a pensar que, precisamente, se está prejuzgando el fondo del asunto. Cfr. a título de ejemplo ATS de 6 de marzo de 2001, Ar. 2001/2847, Ponente: González Rivas.

¹⁰⁷⁹ Ar. 2000/9919.

¹⁰⁸⁰ FJ 2º: “La medida de la suspensión cautelar debe ser decidida sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo que ha de constituir el objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario, se prejuzgaría dicha cuestión, con el posible riesgo, a evitar en lo posible, de que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el art. 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba. Y la razón de esto último es que el incidente de suspensión no es trámite idóneo que permita un adecuado debate y análisis de la controversia principal objeto del pleito”. En el mismo sentido, ATS de 7 de noviembre de 1995, Ponente: Mateos García, Ar. 1995/8134, FJ 4º.

¹⁰⁸¹ Ponente: González Rivas, Ar. 2001/282.

¹⁰⁸² Cfr. FJ 4º, apartado d).

la prohibición de prejuzgar el fondo, en el concreto contexto de la tutela cautelar, ha de venir referida a consideraciones de otra índole, como las que se vienen presentando en este apartado.

CAPÍTULO 9

LA PONDERACIÓN DE INTERESES: SUSTRATO TEÓRICO Y APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL CONTEXTO DE LA TUTELA CAUTELAR

La eventual armonía de las cosas depende de su equilibrio y del momento en que suceden, no demasiado pronto, no demasiado tarde. Precisamente por esta razón resulta tan difícil alcanzar la perfección.

José Saramago, *La balsa de piedra*

INTRODUCCIÓN

Mediado el siglo XIX afirmaba POSADA HERRERA en sus *Lecciones de Administración* que (...) “la Administración necesita mayores precauciones y mayores precauciones son mayores dilaciones. No tiene remedio: si alguien me descubre un sistema por el cual las garantías de los intereses del Estado sean más eficaces y al mismo tiempo el expediente corra con más rapidez, yo le daré la enhorabuena...si se me descubre el modo por el que la sustanciación de un pleito no perjudique al demandando en sus derechos de defensa, tendrá un privilegio de invención (...)”.¹⁰⁸³ La ponderación de intereses en el Derecho Administrativo y, en concreto, en la tutela cautelar ante el juez de lo contencioso-administrativo, responde a este afán atávico por encontrar el equilibrio y, en consecuencia, por obtener una resolución “perfecta” – justa – en el sentido armónico al que se refiere Saramago en la novela más arriba citada.

¹⁰⁸³ Apud F. SOSA WAGNER, *La construcción del Estado y del Derecho Administrativo. Ideario jurídico-político de Posada Herrera*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001.

Los capítulos precedentes han dado cuenta de una serie de características estructurales de la tutela cautelar en el contexto europeo. Partiendo de un mínimo denominador común en lo que a la naturaleza de las medidas cautelares se refiere, se han presentado las bases constitucionales y legales de las mismas en los ordenamientos jurídicos objeto de la comparación, teniendo en cuenta el marco teórico deducido de los capítulos 1 - sobre la metodología del Derecho comparado -, 2 - que introduce ciertas precisiones conceptuales al hilo de la naturaleza de las medidas cautelares - y 3 - sobre el contexto comunitario del que surge la investigación -. Más adelante se ha desarrollado aquello que sin duda constituye el eje de la tutela cautelar: los criterios materiales de adopción de las mismas, esto es, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

El *periculum in mora* recibe, reitero, diversas denominaciones, que remiten en todos los casos a una idéntica idea: el peligro que persigue a los intereses afectados por el proceso y que deriva del tiempo necesario para conocer de una causa y dictar sentencia. Este es el criterio que justifica la adopción de la medida cautelar, dado que ésta se concibe como un remedio que suple las carencias de un proceso imperfecto, imperfección que deriva de la imposibilidad de ofrecer una solución inmediata a los conflictos que se plantean. Sus contornos presentan hoy unos perfiles un tanto diferentes a los que presentaba en sus orígenes, tal y como exige la evolución jurídica y metajurídica que lo determina, pero su naturaleza apenas se ha visto alterada. Sin embargo, el *periculum* sí se encuentra inmerso en un fenómeno que, como he indicado en repetidas ocasiones, afecta a todo el Derecho Administrativo y deriva de una comprensión del mismo, en términos sencillos y maximalistas, como lugar de encuentro de diversos intereses públicos y privados.¹⁰⁸⁴ Además, la ampliación del espectro de

¹⁰⁸⁴ A pesar de que esta cuestión es objeto de ulterior desarrollo más adelante, se puede ya indicar que esta concepción del Derecho Administrativo se aprecia en autores como GIANNINI, quien desarrolla en este sentido su teoría sobre la pluralidad de los intereses públicos. En la concepción de GIANNINI se percibe un modelo mixto de qué haya de entenderse por Derecho Administrativo. Partiendo de un modelo subjetivo, que, en la tradición de Santi ROMANO, gira en torno a la organización subyacente al ordenamiento jurídico de referencia, su teoría de los intereses, sin embargo, coquetea con las concepciones objetivas de la disciplina, prestando atención, por ello, no sólo a la fuente de donde surge la norma, sino también a su proceso de aplicación, a sus condiciones y características. Como referencia

medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas, acabando con el monopolio de la medida cautelar de suspensión, ha supuesto que las complejidades procedimentales también aumenten. Así, la apreciación del *periculum in mora* no va a ser fruto de un simple contraste entre el interés público subyacente a la ejecución del acto y el interés privado del recurrente, sino que exige, tal y como se deduce de las normas y es aplicado por la jurisprudencia, el análisis de los eventuales perjuicios que puedan sufrir otros intereses afectados por el pleito. Exige, por tanto, ponderar los intereses en conflicto.

El *fumus boni iuris*, por su parte, es un criterio que siempre se ha encontrado vinculado al anterior, dado que el *periculum* ha de valorarse en todo caso con respecto a situaciones jurídicas que, en principio, aparecen como dignas de protección. Para ello se ha de realizar un examen sumario, explícito o no, de la idoneidad de dichas situaciones jurídicas para ser objeto del proceso. Dicho examen sumario se efectúa ya, por lo general, en el examen de admisibilidad de la demanda, circunstancia que ha supuesto que, durante largo tiempo, el *fumus* no se haya considerado un criterio de adopción de la medida cautelar, sino única y exclusivamente una condición de admisibilidad que operaba, por tanto, en un estadio anterior. Paulatinamente, sin embargo, este criterio ha ido cobrando mayor importancia y, con él, por otro lado, la prohibición de prejuzgar el fondo se ha relativizado.

sirva el manual del profesor italiano *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1970. Véanse también las *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1981. Más recientemente, como libro, v. *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bolonia, 1986 [traducción al castellano con el título *El poder público: estados y administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991], especialmente pp. 10-11. En un sentido parecido, A. NIETO, *La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo*, RAP 76 (1975), pp. 25-26. En efecto, tal y como afirma L. ORTEGA, "NIETO, partiendo implícitamente de una concepción subjetiva, va a subrayar, no obstante, la necesidad de dar apertura en el seno del Derecho administrativo a los intereses sociales o colectivos". Cfr. L. ORTEGA, *La concepción subjetiva del Derecho Administrativo tras la Constitución Española de 1978*, Bomarzo, Albacete, 1989, p. 21. Este autor considera, además, que la Constitución Española reforzó el concepto subjetivo del Derecho Administrativo, toda vez que establece un claro ámbito de actuación de lo que ha de entenderse como Administraciones Públicas, que son quienes tienen atribuidas las potestades necesarias para implementar los mandatos derivados de la cláusula de Estado Social (cfr. especialmente p. 73). Esta apreciación conecta, entiendo, con la posición de NIETO, dado que la pluralidad de intereses que surge con la Revolución Industrial, tal y como constata GIANNINI en su estudio, se consolida con el Estado Social, en el que resulta indudable el conflicto derivado de máximas que entran en colisión en su aplicación concreta.

La apreciación de la concurrencia de estos requisitos no se realiza mediante una subsunción del supuesto de hecho en la norma, sino que responde a una operación algo más compleja, toda vez que es posible que accedan a un mismo proceso diversas situaciones caracterizadas por la urgencia y por una apariencia de buen derecho, compitiendo entre sí por el pronunciamiento del juez cautelar. A esta complejidad, creciente por la propia estructura social reflejada en el proceso, responde el instrumento de la ponderación de intereses.

La ponderación de intereses es una expresión que ha cobrado fortuna en los últimos tiempos¹⁰⁸⁵, si bien se trata de una vieja conocida de la doctrina.¹⁰⁸⁶ En efecto, la ponderación en tanto que método de argumentación jurídica, empleado por todos los aplicadores del Derecho, no es algo nuevo, porque, en definitiva, *“en Derecho es imposible decir algo rigurosamente nuevo y de lo que se trata, más bien, es de establecer conexiones modestamente inéditas de viejos fenómenos que gracias a ellas pueden explicarse mejor”*.¹⁰⁸⁷ ¿Cuál es entonces la nueva conexión que permite “revisitar” este concepto y explicarlo de otra manera? El interés que la teorización de dicha técnica ha suscitado en épocas recientes se debe a un cambio de perspectiva, en el que conceptos como discrecionalidad¹⁰⁸⁸, derechos

¹⁰⁸⁵ Algún autor ha calificado la ponderación como “palabra de moda en el Derecho”. Cfr. W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, p. 5. Frente a las modas de conceptos vinculados con la ponderación, como la razonabilidad, la racionalidad o la arbitrariedad, ha advertido también más recientemente A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 317ss. Sobre el uso de este término en las regulaciones de la actividad del legislador, la Administración y los jueces, véase J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, *passim*.

¹⁰⁸⁶ Sirva como ejemplo la ilustrativa afirmación de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: *“En común tienen el concepto vulgar y el jurídico de la ponderación el ser, ante todo, una forma de decidir. (...) Así visto el asunto, la ponderación no constituye nada nuevo, ni en el ámbito del Derecho público, ni en el del privado”*. Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit., pp. 9-10. Sobre el nuevo paradigma de la ponderación de intereses véase también K.-H. LADEUR, *Abwägung - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Campus, Frankfurt am Main (entre otros), 1984.

¹⁰⁸⁷ A. NIETO, *El arbitrio judicial*, cit.

¹⁰⁸⁸ Sobre la relación entre ponderación y discrecionalidad véase J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit., especialmente pp. 79ss. También, y en referencia a la polémica sobre el control de la discrecionalidad administrativa por los Tribunales de lo contencioso, véase M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, REDA 85 (1995), pp. 5ss., si bien este autor considera que en los supuestos de ejercicio de discrecionalidad, a diferencia de aquellos en los que

fundamentales, privatización de lo público y publicación de lo privado o concepción plural del interés público, indican la transformación del Derecho Administrativo y, con él, del propio concepto de Estado, pudiendo quizás permitir que se hable de un cambio de paradigma. En efecto, tal y como recuerda Alejandro NIETO, refiriéndose a la obra de KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, y enlazando con las corrientes del relativismo científico de los años 60 y 70¹⁰⁸⁹, un cambio de paradigma no obedece a la emergencia de nuevos problemas o situaciones, sino a un cambio de perspectiva en las observaciones.¹⁰⁹⁰ No ha cambiado el objeto, sino el sujeto, en consonancia con las teorías subjetivas del estudio científico.¹⁰⁹¹ Y es el sujeto quien procede a la redefinición de unos conceptos que quizás existían con anterioridad, pero cuyo contenido ha cambiado.¹⁰⁹² En sintonía con estas consideraciones, se puede afirmar que la ponderación ha existido siempre, pero la sociedad se ha transformado, y con ella el jurista, y una y otro han procedido a ordenar los institutos jurídicos de modo diverso, dotando de un nuevo contenido a categorías clásicas y estableciendo unas prioridades diferentes a las existentes con anterioridad.

se han de aplicar conceptos jurídicos indeterminados, no se aplica la ponderación. Ante un concepto jurídico indeterminado, la ponderación contribuye a encontrar la norma aplicable al caso, mientras que la discrecionalidad no implica constatar que se ha empleado la norma adecuada, sino que se ha de determinar si su aplicación ha sido correcta.

¹⁰⁸⁹ Este libro ha sido el más citado del pasado siglo en trabajos académicos de toda índole, según un prestigioso índice de citas, el *Arts and Humanities Citation Index*. Apud K. WINDSCHUTTLE, prólogo a D. STOVE, *Scientific Irrationalism. Origins of a Postmodern Cult*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2001, p. 2.

¹⁰⁹⁰ Cfr. A. NIETO, cit., p. 23.

¹⁰⁹¹ Al respecto v. N. R. HANSON, *Patterns of Discovery*, Cambridge University Press, 1958; A. F. CHALMERS, *What is This Thing Called Science?*, University of Queensland Press, 2ª ed., 1982, pp. 22-37. Apud K. WINDSCHUTTLE, cit., p. 9. Sobre el relativismo científico, en general, la referencia obligada es la obra de K. POPPER.

¹⁰⁹² Cfr. K. WINDSCHUTTLE, cit., p. 3: "Paradignas diferentes operan con conceptos diferentes, con frecuencia cambiando el significado de viejos términos, y tienen diferentes estándares de evidencia aceptable, así como diferentes medios para teorizar sobre su materia".

Esta situación puede coincidir con el nuevo paradigma cuya creación constata NIETO, pero que requiere algún tiempo para su consolidación.¹⁰⁹³ El nuevo paradigma que inicia sus pasos “*sostiene que, de ordinario, la ley ofrece una pluralidad de soluciones correctas, dentro de las cuales el juez, en un acto de voluntad, escoge una en el ejercicio de su arbitrio*”.¹⁰⁹⁴ Este ejercicio obedecería, según NIETO, a la intuición del juez, quien sólo *a posteriori* y porque la ley le obliga a ello motivará debidamente su resolución.¹⁰⁹⁵ La cuestión presenta indudable interés en un ámbito, el de la tutela cautelar, en el que el juez se mueve en el oscuro mundo de las intuiciones, las apariencias y las sombras de la verdad, para adoptar una decisión provisional que, en buena parte de los casos, zanjará asimismo el pleito principal.

La ponderación de intereses responde a dos construcciones dogmáticas que encuentran reflejo en la tutela cautelar. De un lado se ha empleado por los teóricos del Derecho en el desarrollo de las teorías de las normas.¹⁰⁹⁶ Así, se habla de ponderación de intereses en los supuestos en los que se ha de aplicar un tipo de normas, que reciben diferentes denominaciones dependiendo de los autores (*principios* o *directrices*, fundamentalmente) y que, se afirma, no responden al mecanismo clásico de la subsunción. De otro lado, el un término propio de un nuevo modelo de Derecho Administrativo, al que hacía referencia hace unos instantes, que algunos autores han calificado de postmoderno¹⁰⁹⁷ y que regularía una Administración asimismo

¹⁰⁹³ V. fundamentalmente *El arbitrio judicial*, cit., *passim*.

¹⁰⁹⁴ Cfr. A. NIETO, *El arbitrio...*, cit., p. 28.

¹⁰⁹⁵ Cfr. A. NIETO, *El arbitrio...*, cit., pp. 131ss.

¹⁰⁹⁶ Como constata asimismo RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, criticando la ausencia de reflexión metodológica en la obra de W. LEISNER, lo habitual suele ser la referencia a la ponderación desde la perspectiva de una teoría de las normas o, en el Derecho Administrativo estrictamente, de materias como los conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad y otras que, en definitiva (entendiendo), se reconducen a la cuestión común relativa a la existencia de normas abiertas y que no admiten la aplicación del mecanismo clásico de la subsunción. Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit., p. 14.

¹⁰⁹⁷ Cfr. J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne?*, RDP 1998, pp. 673ss. En un sentido similar véase J.-B. AUBY, *Globalisation et droit public*, en “*Mélanges Marcel Walline*”, Dalloz, París, 2002; del mismo autor, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, AJDA 2001, pp.

postmoderna¹⁰⁹⁸. Este Derecho Administrativo responde a una organización social más compleja que la existente en los orígenes de la disciplina y que surge, en palabras de GIANNINI, con la aparición del Estado de clases, en el que el espectro de intereses es, por definición, más amplio. Esta situación se refleja en el proceso y convierte a éste en un foro de debate de intereses públicos y privados.¹⁰⁹⁹

De estas cuestiones da cuenta el presente capítulo. Así, se comienza realizando una aproximación al concepto de ponderación de intereses desde la perspectiva del

912ss; del mismo autor, *Le droit administratif européen: entre l'observation et l'hypothèse*, AJDA 1996, pp. 189ss. Véase asimismo K.-H. LADEUR, *The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law: from the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships*, EUI Working Papers, LAW 1999/03, Florencia, 1999. En un sentido parecido, del mismo autor, *Post-Modern Constitutional Theory, A Prospect for the Self-Organizing Society*, EUI Working Papers, LAW 1995/06, Florencia, 1995. Todas estas cuestiones las desarrolla K.-H. LADEUR en su libro *Postmoderne Rechtslehre: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozessualisierung*, Duncker&Humblot, Berlín, 2ª ed., 1995. El nuevo Derecho Administrativo es, en fin, el objeto del editorial de la revista francesa AJDA de febrero de 2003 titulado *Le droit entre relativisme et universalisme* (p. 257). La autora, Maryse DEGUERGUE, da cuenta de las conclusiones de un estudio etnológico sobre la producción del Derecho Administrativo que lleva por título *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat* (Bruno LATOUR, La Découverte, 2002) e individualiza algunas de las características del nuevo Derecho, entre las que destaca el relativismo (que se plasmaría en la ausencia de una única solución a un determinado conflicto jurídico), la duda científica de los jueces (característica vinculada con la anterior) y el "riesgo contencioso", concepto este último de especial relevancia en la presente investigación.

¹⁰⁹⁸ El nuevo modelo de Administración se está estudiando, como es sabido, desde la perspectiva del concepto de "network" o red. V. a título de ejemplo E. CHITI, *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, CEDAM, Pádova, 2002 (libro basado en su tesis, *Le agenzie europee*, defendida en el Instituto Universitario Europeo, Florencia, en 2000); A. GEORGE/P. MACHADO/J. ZILLER (eds), *Law and Public Management: Network Management - Part I. Droit et gestion publique: la gestion des réseaux - le partie*, EUI Working Papers, LAW 2001/13, Florencia, 2001; K.-H. LADEUR, *Globalisation and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State*, EUI Working Papers, LAW 2003/4, Florencia, 2003; del mismo autor, *The New European Agencies. The European Environmental Agency and Prospects for a European Network of Environmental Administrations*, EUI Working Papers, RSC 1996/50, Florencia, 1996. En España véase especialmente E. CARBONELL PORRAS/J.L. MUGA MUÑOZ, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996; J. GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los EEUU*, Mc Graw-Hill, Aravaca, 1996.

¹⁰⁹⁹ Pese a que ahora no cabe detenerse en este particular, se ha de hacer referencia a las teorías sobre el concepto de proceso. Una de las posiciones ha consistido en considerar al mismo como conflicto. V. al respecto D. BARRIOS DE ANGELIS, *Muerte y resurrección del conflicto*, Revista de Derecho Procesal 1 (2000), pp. 7ss. Otra acepción consiste en considerarlo como foro de debate, quizás en conexión con las relativamente modernas teorías de la comunicación. Entiendo que la una no elimina la otra. Si bien en el proceso "afloran" los conflictos sociales, con el mismo se pretende, precisamente, que del debate surja una solución satisfactoria desde el punto de vista jurídico y, por ende, social.

debate existente al respecto en el contexto de la teoría de las normas. Dicho lo cual se ha de advertir que no se pretende realizar un estudio en profundidad de esta materia, sino que se trata de exponer los términos de la discusión para poder ubicar en este marco teórico la cuestión relativa a la ponderación de intereses en la tutela cautelar, indicándose oportunamente cuáles son las aportaciones que, entiendo, pudieran resultar relevantes a estos efectos y señalando las posibles líneas de investigación que se pudieran deducir de esta materia.¹¹⁰⁰ En el apartado I se incidirá, por tanto, en la importancia de este debate para las normas que regulan la tutela cautelar y que son por necesidad abiertas, dado que la provisionalidad de la situación no permite que se realice una subsunción de corte clásico. A continuación, en el apartado II, se realizará una aproximación a la ponderación de intereses desde el punto de vista de la nueva definición del Derecho Administrativo, que surge en un modelo de Estado que es el Estado Social de Derecho, pero que se adentra en las nuevas estructuras jurídico-públicas, necesitadas aún de una definición apropiada. En este contexto se estudia el concepto de interés público, tratando de deslindar cuáles son sus exactos contornos, así como su específica función en el juicio de ponderación. Se incide, además, en la virtualidad de este concepto como “correctivo” de la resolución cautelar adoptada.

¹¹⁰⁰ A pesar de que la ponderación como método de decisión jurídica encuentra aplicación en el Derecho Administrativo y Constitucional, su análisis no puede prescindir de las teorías elaboradas al respecto por los estudiosos del razonamiento jurídico. Cfr. P. DE LORA, *Tras el rastro de la ponderación*, REDC 60 (2000), pp. 359ss. Sin embargo, y partiendo de la premisa de la necesaria colaboración entre las diversas ramas del Derecho, y especialmente de las citadas, es cierto que el equilibrio entre dicha colaboración y la intromisión en un ámbito no propio a quien escribe es harto difícil. Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, y refiriéndose, en general, al conocimiento jurídico y a la necesaria interdisciplinariedad del mismo, como recuerda Alejandro NIETO en su Lección Jubilar, de 12 de marzo de 2001 (*Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), se ha de “estudiar a los filósofos, y muy particularmente a los de la ciencia puesto que, al fin y al cabo, el conocimiento jurídico – del que tan poco sabemos – no es sino una manifestación del conocimiento científico, que otros tan magistralmente han analizado”.

I.- LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

La expresión *ponderación de intereses*, como decía, se ha convertido en moneda de uso común en la doctrina jurídica de los últimos años, si bien remite a una técnica existente desde el momento en que el Derecho surge como mecanismo de resolución de conflictos sociales. La mutación, por tanto, obedece a una diferente comprensión de su contenido y deriva del carácter por necesidad convencional de este tipo de términos. En este sentido, algunos autores opinan que se trata de un fenómeno moderno, fruto de la complejidad del Derecho, que responde a la creciente imposibilidad de realizar una subsunción de corte clásico, requiriéndose una ponderación de las diversas normas que regulan una realidad paulatinamente más complicada.¹¹⁰¹ De hecho, la ponderación adquiere relevancia a raíz de la constatación de los límites de este mecanismo, la subsunción, en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, momento en el que aumenta el contacto con el mundo jurídico anglosajón y la justicia tiende hacia un modelo de carácter más casuístico.¹¹⁰²

Sin embargo, a principios del s. XX, la nueva formulación de la ponderación de intereses surge como propuesta alternativa al método conceptual, que se considera insuficiente para responder a las necesidades jurídicas de una realidad compleja y plural,

¹¹⁰¹ Cfr. W. LEISNER, cit., p. 12. Se ha de indicar, además, que buena prueba de dicha complejidad en el Derecho Administrativo es la autonomización de ciertos ámbitos materiales que cobran sustantividad propia, como son el Derecho del Medio Ambiente o el urbanismo. Los principios generales que rigen cada uno de estos sectores se independizan, contradiciendo en ciertos apartados lo establecido en la normativa básica del Derecho Administrativo. Si bien en buena parte de los casos será posible resolver el conflicto de normas atendiendo a criterios clásicos como el de la *lex specialis*, en otros es posible que se requiera una conciliación de los mandatos del legislador en aparente contradicción.

¹¹⁰² Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 2001 (trad. M. Rodríguez Molinero), p. 141.

fruto de una naturaleza generadora de injusticias.¹¹⁰³ En primer lugar, el método conceptual, se sostiene, no suple satisfactoriamente las lagunas del ordenamiento jurídico ante tal pluralidad. Autores modernos, como DWORKIN o ALEXY, se manifiestan precisamente en este sentido en su intento de teorización de un modelo argumentativo de ponderación de intereses. Otros, como ATIENZA, consideran que siempre existirán “casos trágicos” para los que no es posible encontrar una solución correcta. En segundo lugar, también se ha sostenido que el método conceptual presta atención única y exclusivamente a un análisis lógico de la norma jurídica, mientras que el Derecho es un fenómeno omnicomprendivo cuyo estudio requiere la toma en consideración de elementos sociales.¹¹⁰⁴

Procedente de la teoría general del Derecho, por su clara vinculación con la metodología jurídica, la ponderación fue aplicada por vez primera en el ámbito civil¹¹⁰⁵ y sólo más tarde se hizo uso de ella en el Derecho Público. Ello no quiere decir, sin embargo, que se trate de una técnica aplicada única y exclusivamente en el ámbito privado¹¹⁰⁶, sino que el carácter pionero del Derecho Civil es debido, en lugar destacado, a la propia historia de ambas disciplinas y a la recepción en el Derecho

¹¹⁰³ Sobre este último aserto y sus consecuencias en la teoría del Derecho, especialmente en la solución de los conflictos de valores e intereses, v. H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), Reclam, Stuttgart, 2000, p. 13.

¹¹⁰⁴ En el Derecho administrativo español véase, en esta línea y por todos, A. NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, cit., pp. 25-26.

¹¹⁰⁵ V. MEHDE cita a J. ESSER como el primero en elaborar una teoría de estas características. Cfr. V. MEHDE, *Regeln und Prinzipien im Recht der Staats- und Verwaltungsorganisation*, Die Verwaltung 2001, pp. 93ss. La cita es a J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 2ª ed., 1964 (3ª ed. de 1974).

¹¹⁰⁶ Esta es la idea defendida por W. LEISNER, cit., *passim*, quien argumenta que sólo el Derecho Privado, que dispone (frente al Derecho Público) de un aparato conceptual claro e históricamente definido, puede permitir la entrada en su seno de un mecanismo de argumentación como el que en estos momentos se presenta. Una crítica a esta postura de LEISNER se encuentra en J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit., p. 14 (nota 16).

Público, en concreto, el Derecho Administrativo, de las técnicas elaboradas por los civilistas.¹¹⁰⁷

Es cierto, sin embargo, que la aplicación en el contexto civil presenta unos perfiles un tanto diversos a los existentes en el Derecho Público, dado que en este último, a diferencia del primero, no se trata única y exclusivamente de poner a disposición de las partes los instrumentos que les permitan configurar una determinada relación jurídica en función de su voluntad, sino que se encuentra presente el celo de proteger y perseguir el interés general, inexistente en el ámbito civil en su formulación clásica¹¹⁰⁸.

El estudio dogmático de la ponderación de intereses suscitó rápidamente interés en el ámbito jurídico-público y con ello comenzó una línea de investigación vinculada, en primer lugar, a la teoría de las normas constitucionales. Más adelante afectó a otras ramas del Derecho Público, en especial al Derecho Administrativo, ejerciendo sus efectos en ámbitos como la discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados y, en fin, en la tutela cautelar.¹¹⁰⁹ Esto ha sido así, entre otras razones, porque la

¹¹⁰⁷ Resulta inevitable citar en este punto el trabajo de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.

¹¹⁰⁸ Ello a pesar de las cláusulas de contenido social que caracterizan la última etapa de la evolución del Derecho Privado.

¹¹⁰⁹ En lo que respecta a la expansión de la técnica de la ponderación de intereses, v. V. MEHDE, cit. En este artículo se discute en primer lugar, y a grandes rasgos, la teoría de la ponderación de intereses, justificando la necesidad de su aplicación a otros ámbitos (en concreto, al Derecho Constitucional y Administrativo de la organización), y se procede a su análisis en el contexto de tres cuestiones: el sistema constitucional de atribución de competencias legislativas, la legitimación institucional de la Administración y la independencia del Banco Federal alemán. El discurso en todos los supuestos gira en torno a la idea de la versatilidad o flexibilidad de los conceptos de *reglas* y *principios*, que, a pesar de una concreta naturaleza determinada *prima facie* pueden presentar, en ocasiones, un doble carácter en función de las circunstancias. También el propio ALEXY considera que el método de la ponderación ha de ser exportado a otras ramas del Derecho y que no se ha de circunscribir necesariamente a los derechos fundamentales. En este sentido véase asimismo J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit. El autor explica cuál ha sido el mecanismo de paulatina introducción del método de la ponderación en el Derecho Público y, enlazándolo dogmáticamente con la teoría de las normas de ALEXY, así como con otras doctrinas, fundamentalmente de raigambre alemana, desarrolla la aplicación del método en el Derecho de los derechos fundamentales y en la actividad planificadora de la Administración. Dado que penetra en una tierra no completamente explorada, el autor se refiere a cuestiones de carácter general,

jurisdicción contenciosa es una de las que conoce en primera instancia de los conflictos relacionados, de modo frontal o subyacente, con los derechos fundamentales.¹¹¹⁰

En este sentido, acostumbrado a esta práctica, el juez administrativo ha optado en buena parte de sus intervenciones por un método que se ha verificado idóneo para maximizar todos los mandatos constitucionales – no sólo los relativos a los derechos fundamentales –, de los que la Administración, en tanto que parte del Estado que actúa, es ejecutora y, en este sentido, también garante. Todo ello se plasma en un mecanismo decisorio de especial relevancia para la tutela cautelar, dado que en esta fase del proceso la concreción de la Constitución puede verse peligrar de forma provisional, bien porque se encuentra en juego un interés público que requiera ser ejecutado, bien porque se puede afectar a un interés no menos público, pero más directamente relacionado con los intereses privados, como son los derechos fundamentales.¹¹¹¹

Además, los autos de tutela cautelar se han caracterizado tradicionalmente por una escasa motivación, en la medida en que, por lo general, el juez reproducía (y en ocasiones sigue reproduciendo) la doctrina general sobre las medidas cautelares, sin especificar cuál era la relación concreta con dicha doctrina. Frente a dicha actuación se

pero de necesaria exposición para un desarrollo posterior de la materia. Así, se alude al sujeto encargado de la ponderación, al objeto de la misma, o a los peligros que el método puede acarrear. En fin, en el capítulo segundo procede a especificar la virtualidad del método en ámbitos materiales concretos de especial interés. Cfr. R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª reimpresión, 2001 [original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, 1986].

¹¹¹⁰ Sobre esta cuestión resulta oportuno traer a colación el debate que tuvo lugar en el periodo constituyente referido a la atribución del monopolio de la protección iusfundamental a un solo órgano, que más tarde sería el Tribunal Constitucional. Los argumentos en contra se apoyaban en la necesidad de garantizar el respeto a los derechos fundamentales en todas las instancias jurisdiccionales. Cfr. al respecto L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Contra el recurso de amparo*, en “Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)”, Akal, Madrid, 1984.

¹¹¹¹ Sobre los derechos fundamentales en la ponderación, con carácter general, v. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4., donde en la p. 23 se afirma que “[e]specialmente cuando se exagera el peso de esa vertiente objetiva frente al carácter individual-subjetivo se llega al resultado de que las normas que reconocen los derechos fundamentales necesitan siempre de una ponderación que las integre, en un discurso abierto y plural, con otros intereses generales” [el subrayado es mío].

ha rebelado ya algún juez nacional, afirmando que “...un mero impreso cumplimentado en la forma que se ha dicho antes no puede considerarse suficiente a efectos de respetar el requisito inexcusable de la motivación, requisito sin el que no puede entenderse que se otorga una tutela judicial efectiva al justiciable al que se le deniega su pretensión”.¹¹¹²

En fin, la aplicación de la técnica de la ponderación de intereses en el Derecho Administrativo hubo de esperar la mutación del contenido de este último, dado que su configuración original no podía tolerar un mecanismo de argumentación que admitía demasiados matices en la ejecución de los actos de autoridad, eje central de dicho Derecho en sus momentos iniciales.¹¹¹³

1.- Evolución de las aportaciones doctrinales

El debate sobre las clases de normas y, en concreto, sobre la aplicación de cierto tipo de normas que requieren ser sometidas a operaciones distintas de la subsunción caracteriza, como decía, una línea de investigación en la teoría del Derecho que presenta relevancia para el objeto del presente trabajo.¹¹¹⁴

¹¹¹² Cfr. auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 [Ponente: González Navarro, Ar. 10412], FJ 1º.

¹¹¹³ Tal y como afirma, por ejemplo, GIANNINI, el origen del Derecho Administrativo se encuentra marcado por un fuerte componente autoritario, dado que se gesta en el contexto de un periodo absolutista. Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere...*, cit. p. 47. Se ha de tener en cuenta, sin embargo, que con el Imperio se redujo el carácter autoritario de dicho poder, que, si bien se encontraba lejos de participar de ideales democráticos en el sentido actual, era más limitado que en la época anterior. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 4ª ed. ampliada, 1998, p. 40, con remisiones a diversas páginas de su libro anterior *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994.

¹¹¹⁴ Sobre la evolución histórica de la crisis de la subsunción y sus sustitución por otros modelos, v. R. ALEXY, en SCHILCHER/KOLLER/FUNK (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000, pp.31ss.

Existe consenso en la atribución de la paternidad o impulso regenerador de esta tendencia en el Derecho Público a Ronald DWORKIN¹¹¹⁵, a pesar de que los autores que hasta la fecha se han ocupado de la materia son, como es sabido, numerosos. DWORKIN, junto con Robert ALEXY y Manuel ATIENZA son con alta probabilidad quienes han recibido mayor atención por la doctrina posterior, bien para alinearse en sus filas, bien para criticar sus teorías.¹¹¹⁶

La obra de DWORKIN¹¹¹⁷ se sitúa, como es conocido, en una crítica al positivismo jurídico y al utilitarismo normativista, y aparece regida por una idea de justicia que atraviesa sus escritos.¹¹¹⁸ Desde esta perspectiva, DWORKIN elabora su

¹¹¹⁵ Cfr. por todos L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 47. El origen de esta revitalización se encuentra, según este autor, en el constitucionalismo de posguerra, en cuyo contexto surgen normas de carácter abierto que presentan contradicciones entre sí (v. p. 61). Del mismo autor y, en concreto, sobre la ponderación, véase *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, Cuadernos de Derecho Público, 11 (2000), pp. 9ss.

¹¹¹⁶ Una interesante comparación de las tesis de los tres autores sobre las relaciones entre interpretación y argumentación puede leerse en P. RICOEUR, *Interprétation et/ou argumentation*, en "Le juste", Éditions Esprit, París, 1995, pp. 163ss. Paul Ricoeur, uno de los padres de la hermenéutica, presenta y compara la obra de Alexy, Atienza y Dworkin analizando el binomio interpretación-argumentación en estos autores. El punto de partida es la crítica del pensador francés al clásico tratamiento dicotómico entre ambos conceptos, postulando en cambio una relación dialéctica, la única que garantiza la coherencia epistemológica. En efecto, interpretación y argumentación se complementan y ambas han de ser tenidas en cuenta para una adecuada comprensión de la aplicación del Derecho. Dworkin centra su atención en los problemas de interpretación que surgen en la búsqueda de la norma aplicable a los denominados "casos difíciles". Ricoeur considera que, en la medida en que Dworkin trata de unir una teoría general del Derecho con una teoría política sustantiva, no cabe en su concepción una teoría formal de la argumentación jurídica. A diferencia de Dworkin, Atienza y Alexy insertan el debate jurídico en la argumentación práctica general, teniendo como objetivo la obtención de un resultado correcto o adecuado. Para ello se han de establecer los mecanismos de entrada de los diversos intereses y "necesidades", en palabras de Ricoeur, y se ha de clarificar su operatividad en el discurso jurídico. En la medida en que son conceptos abiertos, se ha de dar cabida a la interpretación, dado que sólo con ésta se les va a dotar del contenido concreto requerido para proceder a una argumentación adecuada. Para identificar los términos en que va a desarrollarse la argumentación, por tanto, es necesaria la interpretación jurídica. Y viceversa, la interpretación jurídica encuentra su ámbito de aplicación en la argumentación.

¹¹¹⁷ Las citas del presente trabajo lo son a la cuarta reimpresión (1999) de la traducción española de su obra *Taking Rights Seriously* (1977), publicada en Ariel con el título *Los derechos en serio* (1984).

¹¹¹⁸ La presencia constante de esta idea de justicia, que coquetea con los postulados del iusnaturalismo, y que se justificaría por la unión entre Derecho y moral que predica DWORKIN, ha generado múltiples críticas a las teorías de este autor, a quien se ha calificado de "apologeta del sistema americano" y de "neoiusnaturalista". Cfr. A. CALSAMIGLIA, Prólogo a la edición española de la obra de DWORKIN,

teoría normativa y, así, distingue entre las normas en sentido estricto, de un lado, y los principios y directrices (*policies*), de otro. El propio DWORKIN indica que, por lo general, emplea el término “principios” para referirse a todos aquellos estándares que no son normas en sentido estricto, englobando también, por tanto, las denominadas “directrices políticas”. Las normas, el único objeto de atención del positivismo, según este autor, serían aquellas que sólo admiten una aplicación en forma disyuntiva - o resuelven el caso concreto o no lo resuelven-, mientras que los principios y las directrices son susceptibles de aplicación gradual¹¹¹⁹. La identificación de cada uno de los tipos no se produce en función de su origen - DWORKIN critica aquí las teorías positivistas que encuentran el fundamento y la base de todo el ordenamiento jurídico en una norma fundamental o regla de reconocimiento¹¹²⁰ -, sino atendiendo a las especiales características de su aplicación. Así, mientras las normas se aplican o no se aplican, según concurren o no las circunstancias necesarias para ello, los principios y las directrices responden a criterios de justicia y equidad, en el primer caso, o de carácter social, en el segundo. En este sentido, los principios guían la decisión del aplicador

Los derechos en serio, cit., p. 8. Ello no obstante, continua CALSAMIGLIA, DWORKIN no propone un modelo iusnaturalista, sino que describe el sistema de la justicia constitucional en Estados Unidos y, con ello, pone de manifiesto cómo en ciertos supuestos - los “casos difíciles”, especialmente - las relaciones entre Derecho y moral no se hallan tan debilitadas como la filosofía jurídico-política ha pretendido desde Bentham. En lo que afecta a la presente investigación, la idea de justicia es, probablemente, el criterio rector de las resoluciones sobre tutela cautelar. Se ha de encontrar la solución temporalmente justa, o menos injusta, habida cuenta de los intereses en conflicto.

¹¹¹⁹ A. NIETO ha afirmado que el modelo binario - o disyuntivo - no puede predicarse de ningún tipo de normas del ordenamiento jurídico, dado que siempre cabe una pluralidad de soluciones jurídicamente correctas ante un conflicto dado. Cfr. A. NIETO, *El arbitrio...*, cit., *passim*. Véanse en concreto las pp. 60ss. El propio NIETO critica en estas páginas a DWORKIN en su afán por considerar que un cierto tipo de normas, las normas en sentido estricto según el autor estadounidense, se someten a este esquema binario. Así, sostiene que “[i]ndependientemente de su valor ideológico y de su peso como creencia o de obviedad irreflexiva, es el caso que en la teoría jurídica la tesis de la solución correcta única se encuentra ya en una posición minoritaria pese a la apasionada defensa - un tanto rebuscada - de Dworkin, a quien en este punto casi nadie está dispuesto a seguir” (pp. 61-62). Concluye NIETO que “[a]sí es como el pensamiento jurídico moderno ha desembocado en el relativismo y en el escepticismo” (p. 62). Este es, a mi juicio, el punto de partida epistemológico para enfrentarse a la cuestión que en estos momentos nos ocupa, la tutela cautelar, y se vincula por tanto con el relativismo que preside el conocimiento científico en general, tal y como se indicó más arriba.

¹¹²⁰ Sin embargo, DWORKIN afirma que podría aceptar la existencia de una “regla de reconocimiento” si en ella también tuvieran cabida los principios. Cfr. R. DWORKIN, cit., pp. 94ss.

jurídico, pero no imponen una solución específica. Ello no obstante, sí pueden motivar la inaplicación de una norma en un supuesto concreto si el contenido de esta última entra en contradicción con los primeros, debido a su carácter informador del ordenamiento jurídico.

La obra de DWORKIN en esta materia ha sufrido, como decía, numerosas críticas, pero es un referente en lo que respecta a la teoría de las normas, por cuanto los autores posteriores se remiten a ella, bien para matizarla, bien para oponerse a sus fundamentos. La vinculación, en cierta medida lejana, pero importante, con la tutela cautelar, deriva de la llamada de atención de DWORKIN sobre la existencia de normas que no admiten una aplicación en forma de disyuntiva, sino que responden a unos mecanismos más complejos de puesta en práctica. La evolución de la normativa sobre las medidas cautelares, como se ha tratado de demostrar en los capítulos precedentes, indica una serie de tendencias que afectan al Derecho Administrativo en general, pero que se manifiestan, en particular, en esta materia. En este sentido, el principio de ejecutividad de los actos administrativos se ha visto relativizado, en el contexto del Estado social y democrático de Derecho, por otros principios o normas. Así, el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, singularmente, ha llevado a matizar este tradicional privilegio de la Administración pública, pero también lo ha hecho, verbigracia, la toma de conciencia del carácter plural del interés público. De esta relativización del principio de ejecutividad, que sin embargo continúa vigente y constituye una nota distintiva con respecto al Derecho Privado, se deriva el actual régimen de la tutela cautelar en los ordenamientos que se comparan en el presente trabajo. En efecto, el dogma de la ejecutividad deja de ser tal en la medida en que el juez de lo contencioso ha de verificar en cada demanda de tutela cautelar que, en efecto, la ejecutividad es necesaria para evitar un perjuicio al interés público. Cada caso concreto exige un análisis particularizado en función de la específica constelación de perjuicios y apariencias de buen derecho (sintetizados bajo la denominación genérica de “constelación de intereses”, “ponderación de intereses”) que concurran. Todas estas cuestiones encuentran apoyo dogmático, entre otros, en el debate sobre los diferentes

tipos de normas y en la llamada de atención sobre la indeterminación de algunas de ellas, sea en el supuesto fáctico, sea en la consecuencia jurídica. Si DWORKIN apunta el problema con claridad, habrá de esperarse a obras posteriores para obtener respuestas más concretas a la cuestión de la aplicación de dichas normas.

Pese al carácter en cierta manera pionero de DWORKIN, la teoría normativa que ha encontrado mayor eco en la doctrina es la del profesor de la Universidad de Kiel Robert ALEXY. Recordando ideas para contextualizar lo que más adelante se dirá, este autor distingue dos categorías de normas, las reglas y los principios, estructuralmente diferentes.¹¹²¹ Así, si las reglas se insertan en el ámbito de la validez, los principios lo harían en el de la aplicación, circunstancia que implica que las constelaciones de los posibles conflictos entre estos tipos de normas hayan de resolverse atendiendo a las peculiaridades de cada supuesto, sin que quepa establecer prioridades en abstracto. En este sentido, a cada tipo de conflicto le correspondería un método de resolución, debiéndose optar por la subsunción en la colisión de reglas y por la ponderación en la colisión de principios.¹¹²² La importancia de este método de argumentación jurídica, empleado por todos los aplicadores del Derecho, se incrementa si se considera que buena parte de las normas existentes hoy en día – entre otras, y en lugar destacado, las normas de derecho fundamental – presentan naturaleza principal. Esta circunstancia podría indicar, además, el nacimiento o consolidación de una nueva filosofía jurídica o, incluso, un nuevo modelo de Estado¹¹²³.

¹¹²¹ ALEXY afirma que las diferencias entre ambos tipos de normas son estructurales, pero también admite que el momento en el que se ponen de manifiesto con claridad es el de la resolución de conflictos. Entre los críticos a esta diferenciación estructural de ambos tipos de normas puede destacarse L. PRIETO SANCHÍS. Cfr. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992; ídem, *Ley...*, cit. Véase también A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1998.

¹¹²² Ello no obstante, ambos métodos no pueden ser sino complementarios, dado que toda ponderación requiere un paso previo de subsunción de un relato fáctico en un presupuesto de hecho. Una vez realizada la correspondiente subsunción, las normas que con ello se obtengan deberán ser adecuadamente ponderadas.

¹¹²³ Al respecto, en términos críticos, v. W. LEISNER, cit. En un sentido conexo, pero no crítico, constatando que la ponderación es hoy uno de los elementos que caracterizan el Derecho Público, v. A.

ALEXY centra su discurso sobre la estructura de las normas en el contexto del análisis del concepto de norma de derecho fundamental, si bien sus conclusiones son extrapolables a otros ámbitos.¹¹²⁴ El concepto de norma de derecho fundamental conlleva la previsión en abstracto de la protección de un concreto derecho fundamental, sin divisiones en unidades menores, o, técnicamente, en situaciones jurídicas subjetivas. A diferencia del concepto de norma fundamental, el de derecho fundamental en sentido estricto se vincula a situaciones jurídicas subjetivas concretas,¹¹²⁵ que presentan una naturaleza plural y se dividen en diversas categorías, a saber: derechos a algo, libertades y competencias¹¹²⁶. Todo ello se relacionaría, en fin, con la teoría de los *status* de JELLINEK, que deriva de la consideración de la personalidad como “elemento del Estado” determinando, de esta manera, que la persona devenga sujeto de derecho.¹¹²⁷ De los diferentes modos de comprender la posición, el *status*, del individuo en el Estado surgirán más adelante los derechos

GALLEGO ANABITARTE, *Formación y enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000). Un ensayo crítico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, *passim* [entre otras, p.19].

¹¹²⁴ En efecto, la teoría de ALEXY sobre los principios y las reglas la desarrolla este autor en la obra ya citada, *Teoría de los derechos fundamentales*, especialmente en las páginas 524ss., pero no puede obviarse la importante *Teoría de la argumentación jurídica*. Esta última es un complemento necesario de su concepción de las normas, en la medida en que la aplicación de los principios y el establecimiento de las reglas de prevalencia condicionada exigen una argumentación jurídicamente aceptable en los términos que ALEXY presenta en su segunda obra citada. Como decía, el problema genérico de la ponderación de intereses se ha planteado en sus orígenes y de forma más neta en el ámbito de los derechos fundamentales y, en conexión con ello, el primer trabajo sobre la ponderación de intereses en Derecho administrativo español se refiere también en gran medida a esta materia, a pesar del intento del autor de extender la teoría a otros ámbitos del Derecho Administrativo. Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit. Más allá de esta manifestación concreta, se trata de un método aplicable en diversas esferas caracterizadas por la ausencia de reglas en el sentido expuesto más arriba, como son la discrecionalidad administrativa o los conceptos jurídicos indeterminados. En estos ámbitos, dada la natural diversidad de opciones, se requiere de un modo de razonamiento y decisión diferente de aquél que existe en los supuestos en que ante una situación de hecho dada, la respuesta del ordenamiento jurídico es evidente.

¹¹²⁵ V. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 47-48.

¹¹²⁶ Cfr. p. 240. En el juicio de ponderación que tiene lugar en la tutela cautelar no suelen individualizarse estas situaciones concretas.

¹¹²⁷ Vid. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr, 2ª ed. 1919 (primera edición de 1905), pp. 81-93 y, en concreto, p. 82.

fundamentales y, de ellos, según indica ALEXY, se deducen las situaciones jurídicas subjetivas concretas a las que se ha aludido. Estas precisiones conceptuales se han de tener en consideración en el proceso de identificación de los intereses que son objeto de ponderación por el juez. El término "intereses" en dicho contexto no es el empleado en la teoría jurídico-administrativa, sino que abarca una pluralidad de situaciones jurídicas subjetivas distintas del "interés" estrictamente considerado. Es cierto que no todas las situaciones jurídicas subjetivas que tienen cabida en el juicio de ponderación derivan de los derechos fundamentales, pero, como decía, la teoría de ALEXY, a pesar de referirse a los enunciados normativos iusfundamentales, es extrapolable a otros ámbitos.

Tras el desarrollo de estas cuestiones, ALEXY expone el sistema de restricciones de los derechos fundamentales, determinadas por el conflicto que surge ante la necesidad de aplicar normas de derecho fundamental diversas que, en el caso concreto, responden a exigencias contradictorias. En este contexto se plantea el problema central - el más estudiado - de este autor, a saber: el encuentro de la solución adecuada en los casos en los que no existe un supuesto de hecho subsumible en una norma dada y se ha de proceder a ponderar los diversos intereses o derechos afectados por la decisión impugnada.

La intención de ALEXY es, sin abandonar el cauce analítico marcado por la jurisprudencia de conceptos¹¹²⁸, revitalizar el contenido axiológico de los derechos fundamentales¹¹²⁹, del Derecho en definitiva, entroncando de este modo con las teorías menos formalistas o "postpositivistas" de autores como DWORKIN o NINO.¹¹³⁰

¹¹²⁸ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 46.

¹¹²⁹ En este tipo de teorías, abiertas, axiológicas o de principios, la característica epistemológica común es, a juicio del propio ALEXY, la ponderación. Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 545.

¹¹³⁰ Sobre este último aserto, cfr. M. ATIENZA, *Sobre el control...*, cit., p. 17. También en *Sobre principios y reglas*, DOXA 10 (1991), pp. 101ss.

ALEXY, sin embargo, no abandona la seguridad proporcionada por el texto de la Ley Fundamental de Bonn y se adentra en el intricado mundo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, para indagar de qué modo este Tribunal conoce y aplica las normas relativas a los derechos fundamentales y, en especial, cómo dirime las colisiones entre las mismas. Precisamente debido a la jurisprudencia heterogénea de este órgano constitucional, que emplea una amplia variedad de conceptos para referirse a una misma realidad jurídica o que se expresa en términos en extremo vagos para resolver los conflictos iusfundamentales, y considerando que la ciencia del Derecho es en buena medida en la práctica una exégesis de la jurisprudencia, conviene clarificar cuál es la estructura de la norma de derecho fundamental para, a continuación, determinar cuál es la relación lógica de la que deriva el juicio de deber ser y, además, qué otros elementos, como las situaciones jurídicas, pueden derivarse de la mencionada norma.¹¹³¹ El afán de ALEXY por elaborar una teoría apegada al Derecho positivo enlaza con la ponderación de intereses en la tutela cautelar. En efecto, los datos de que ha de partir el juez son los recogidos en las normas vigentes. Así, los intereses – su identificación, sus características y su adecuación para ser incorporados al juicio de ponderación – responden a opciones normativas previas y no son fruto de la inventiva del juez. Asimismo, éste habrá de estar a las ponderaciones realizadas por el legislador o por la Administración y las controlará mediante las técnicas habituales en el recurso contencioso-administrativo.

La diferencia esencial entre DWORKIN y ALEXY, como subraya el propio ALEXY¹¹³², radica en la construcción del “mandato de optimización” que caracteriza la aplicación de los principios. Este mandato indica cuál ha de ser el proceso de reducción del ámbito de aplicación de un principio a un supuesto concreto, de tal manera que, finalmente, al juez no le quede más opción que adoptar una única decisión, equiparable

¹¹³¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 23ss.

¹¹³² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 87.

a la que vendría dada por una regla.¹¹³³ Tras la identificación de los intereses en conflicto, la dotación del correspondiente peso a cada uno de ellos y la posterior ponderación, el proceso culmina en la formulación de una denominada “regla de prevalencia condicionada” que opera en todos los supuestos en los que concurren las circunstancias de dicho caso.¹¹³⁴ Tal y como ha indicado algún autor, las críticas a la apertura y la inseguridad producidas por el mecanismo de la ponderación – necesario, por otro lado, como ya se indicado, en el actual mosaico normativo de enorme complejidad – se pueden solventar mediante el establecimiento de un determinado número de reglas de prevalencia condicionada, con vocación de constituir un sistema de aplicación un tanto mecánica.¹¹³⁵

ATIENZA y RUIZ MANERO discrepan de la concepción de los principios como mandatos de optimización, por cuanto consideran que un principio, a diferencia de las directrices dworkinianas, no admite grados. Los principios no pueden ser optimizados, sino que, constatada su pertinencia para resolver el caso concreto, han de ser aplicados de forma plena.¹¹³⁶ La ponderación se realiza, entonces, no para optimizar

¹¹³³ Esta operación recuerda, de hecho, a la construcción teórica de la “reducción a cero” que tiene lugar en las decisiones discrecionales. La equiparación resulta pertinente en la medida en que la ponderación guarda relación con la discrecionalidad judicial y sus límites. Sobre la técnica de la reducción a cero de la discrecionalidad, en el ámbito del procedimiento administrativo, cfr. por todos M. BACIGALUPO, *Discrecionalidad administrativa. La estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997. Sobre la discrecionalidad judicial, que interesa más directamente, en cuanto la ponderación a la que se hace referencia en el presente trabajo es la realizada por el juez, v. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, RAP 100-102 (1983), vol. II, pp. 1083ss.

¹¹³⁴ Algún autor ha encontrado en esta “regla de prevalencia condicionada” una incoherencia en la teoría de Alexy. Parece que no puede existir una diferencia estructural entre principios y reglas si, como se aprecia en este caso, todo conflicto entre principios puede terminar reduciéndose a la formulación de una regla concreta. Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Ley...*, cit., p.58.

¹¹³⁵ Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit., pp. 150, que titula el epígrafe “Respuestas: la formulación de reglas de prevalencia generalizables y la posibilidad progresivamente creciente de subsumir bajo las mismas”.

¹¹³⁶ Cfr. M. ATIENZA/ J. RUIZ MANERO, *Sobre principios y reglas*, Doxa, 10, 1991, pp. 101ss.[108ss.]. El artículo aparecido en “Doxa” es una versión preliminar del incluido en “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, Ariel, Barcelona, 1996 [Traducción al inglés con el título *Mandatory norms: principles and rules*, en M. ATIENZA/ J. RUIZ MANERO, “A Theory of Legal Sentences”, Kluwer, Dordrecht, 1998].

los principios, sino para determinar cuál de ellos es aplicable en un conflicto dado. La distinción esencial entre principios y reglas para estos autores vendría dada por el hecho de constituir tipos diferentes de razones para la acción. Así, mientras que las reglas son mandatos concretos sobre comportamientos debidos, los principios se dirigen a los órganos constitucionalmente legitimados para adoptar decisiones preceptivas.¹¹³⁷

Estas construcciones teóricas y, en concreto, la variante propuesta por ATIENZA y RUIZ MANERO, resultan de aplicación en materia de tutela cautelar¹¹³⁸ y, entiendo, es uno de los sentidos que se ha de dar a la expresión “ponderación de intereses” que se emplea en este contexto. Con ello se obliga al juez, en primer lugar, a identificar los intereses en juego, tanto los alegados por las partes, como otros intereses públicos y privados que pudieran resultar afectados por la resolución judicial, pero que han de estar siempre previstos normativamente. En segundo lugar, se ha de atribuir el peso correspondiente a cada uno de ellos. En el caso concreto de la tutela cautelar, el peso viene determinado por los criterios del *periculum* y del *fumus*, que indican el grado de protección que necesita cada una de las situaciones jurídicas para evitar un sacrificio irreparable de las mismas. Por último, se ha de establecer una regla de prevalencia condicionada, que determine en qué circunstancias uno de los intereses prevalece sobre otros. Para inclinar la balanza en uno u otro sentido, el juez ha de tener en cuenta determinados elementos, que pueden consistir en opciones legislativas específicas, que reduzcan el grado de arbitrio del juez, tanto a favor de la Administración y, en concreto, del acto administrativo impugnado (en cuyo caso estaríamos hablando de una cláusula de salvaguarda del interés público), como a favor del ciudadano o, incluso, de otro interés general o público al que se quiera conferir una especial protección.

¹¹³⁷ Cfr. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Sobre principios y reglas*, cit., pp. 110ss.

¹¹³⁸ Un ejemplo manifiesto de ello es la fórmula “*Je-Desto*” (Cuanto más-Entonces), elaborada en el Derecho alemán y que presenta grandes similitudes con la fórmula de ALEXY. Sobre esta fórmula, v. entre otros Th. WÜRTENBERGER, *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 1998, pp. 236ss.

Una vez establecida la regla de prevalencia condicionada, se ha tener presente que no es aceptable que, en una situación regida por principios, uno de ellos se superponga con carácter absoluto al opuesto u opuestos. Por ello es necesario tener en cuenta las exigencias del mandato de "concordancia práctica"¹¹³⁹, es decir, que de la ponderación no se derive un sacrificio absoluto de un concreto principio. En la medida en que en la tutela cautelar ello puede ser provocado por el transcurso del tiempo necesario para obtener una resolución definitiva, el legislador ha previsto un sistema de cautelas y contracautelas, que coadyuva a paliar este problema.

De lo anterior se deduce que la tutela cautelar parece seguir el esquema conceptual propuesto por ALEXY y reformulado por ATIENZA y RUIZ MANERO. Así, los principios encontrados en la tutela cautelar son la efectividad de la sentencia y la efectividad de la acción administrativa, remitiéndose ambos a otros principios y valores de rango constitucional, como son la adecuación a Derecho, la separación de poderes, el Estado Social o el Estado de Derecho. Para atribuir el peso que cada uno de dichos principios posee en el caso concreto, el juez tiene a su disposición los elementos que las normas o la jurisprudencia prevén y que se reducen a las dos expresiones clásicas de *periculum in mora* y de *forum boni iuris*. Estos elementos se han de completar mediante el estudio de cada uno de los intereses en conflicto, realizando las pruebas que se estimen pertinentes para así inclinar la balanza hacia uno u otro lado. Entiendo que ambas efectividades, a no ser que coincidan completamente - con lo que no habría conflicto - no pueden ser maximizadas, sino que la preferencia de una obliga a descartar de inmediato la otra. El "contrapeso" que permite no enterrar por completo el principio que ha desplazado el juicio de ponderación es el sistema de garantías y contracautelas.¹¹⁴⁰

¹¹³⁹ Sobre este concepto v. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, CF. Müller, Heidelberg, 20ª ed., 1995, pp. 142ss. (especialmente).

¹¹⁴⁰ Como nota final se puede citar un curioso trabajo en el que se reduce la ponderación a fórmulas matemáticas. Cfr. B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

2.- Las medidas cautelares como “casos difíciles” y la respuesta judicial

Las teorías de la argumentación¹¹⁴¹ han dedicado buena parte de su atención a la identificación de una única solución correcta, exigencia ésta que derivaría de principios como el de seguridad jurídica¹¹⁴². La práctica mayoría de los teóricos del Derecho han debido admitir, sin embargo, la existencia de casos difíciles o complicados, caracterizados por la nota de la imprecisión.¹¹⁴³ El *quid* es, por tanto, dotar de contenido al criterio de la imprecisión e indicar cuáles son sus condicionantes y cómo superarlos.

Varias propuestas se han ofrecido al respecto¹¹⁴⁴, pero entiendo que la que conviene retener a los efectos de la presente investigación es, en primer lugar, aquella que distingue *grosso modo* entre indeterminaciones en el complejo normativo e indeterminaciones en el complejo fáctico. Las medidas cautelares constituyen un ejemplo de caso difícil en ambos sentidos. De un lado, el régimen jurídico de las medidas cautelares se caracteriza en todos los ordenamientos por su vaguedad y amplitud, integrándose mediante remisiones explícitas e implícitas a las leyes procesales civiles y siendo objeto de desarrollo por la jurisprudencia. De otro lado, el sustrato fáctico del caso es por necesidad incompleto, toda vez que la cuestión se plantea en los momentos iniciales de un proceso judicial en el que todavía no se conocen todos los datos necesarios para adoptar una resolución adecuada.

¹¹⁴¹ Como ha afirmado Manuel Atienza, “[e]n cierto modo, la teoría de la argumentación jurídica viene a ser la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico”. M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1991, p.132. Las medidas cautelares, con el énfasis puesto en la ponderación de intereses, participan de esta necesidad de encontrar un método.

¹¹⁴² Alejandro Nieto considera que la idea de una única solución correcta es una falacia más del paradigma jurídico tradicional. Cfr. A. NIETO, *El arbitrio...*, cit. Véanse especialmente las páginas 60 y siguientes.

¹¹⁴³ ATIENZA alude, además, a los “casos trágicos o imposibles”, que son aquellos en los que, dada la trascendencia política, social o económica de un caso, al juez sólo le es posible adoptar la solución “menos mala”. Ello obedece a la contraposición radical de valores, en la que no es posible sacrificar uno que no sea fundamental. V. M. ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1997, p. 252.

¹¹⁴⁴ Un elenco de algunas de ellas en A. NIETO, *El arbitrio...*, cit., p. 64.

Ante esta situación, lo que interesa es identificar los parámetros que permiten al juez adoptar su decisión y a los interesados prever cuál puede ser el sentido de la resolución que vaya a pronunciarse. En línea con una teoría axiológica del Derecho¹¹⁴⁵, algunos autores consideran que en estos supuestos el juez ha de decidir sobre la base de razones metajurídicas.¹¹⁴⁶ En la medida en que todas las soluciones son válidas, razones metajurídicas como la razonabilidad, la equidad o la justicia¹¹⁴⁷, o, como indica ATIENZA, la certeza del Derecho o la división de poderes, serán utilizadas por el juez para adoptar su decisión.

Como indicaba más arriba, el conflicto esencial que se produce en los procedimientos de tutela cautelar es el conflicto entre dos efectividades, la efectividad de la sentencia – vinculada con la tutela judicial efectiva – y la efectividad de la acción administrativa, siempre que éstas, *a priori* y sólo de forma provisional, no coincidan.¹¹⁴⁸ Bajo ambas efectividades subyacen otros principios y valores, que en última instancia serían reconducibles a dos manifestaciones del Estado, el Estado Social y el Estado de Derecho.¹¹⁴⁹ Sin embargo, una remisión global y sin especificar a este tipo de razones metajurídicas, tan genéricas, no resulta útil a efectos de la adopción de resoluciones

¹¹⁴⁵ Predicada por M. ATIENZA en *Sobre el control...*, REDA 85 (1995), pp. 5ss.

¹¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, M. ATIENZA, *Las razones...*, cit., p. 138. En idéntico sentido A. NIETO, *El arbitrio...*, cit., p. 64.

¹¹⁴⁷ Cfr. A. NIETO, *El arbitrio...*, cit., p. 64.

¹¹⁴⁸ Esta coincidencia ha de ser analizada en el examen de admisibilidad de la demanda. Si ésta no es manifestamente inadmisibile, entonces entiendo que el conflicto ya se ha planteado y no existe una solución obvia *prima facie*. Es cierto que también se plantea la cuestión de la efectividad de la sentencia con respecto a la propia Administración, pero considero que la fórmula “garantizar la efectividad de la sentencia” hace referencia al demandante, toda vez que la medida cautelar es un instrumento “para garantizar” la demanda, habiendo de ser solicitada, precisamente, con la interposición de la misma.

¹¹⁴⁹ En 1989, de hecho, Luis Ortega veía en ambas manifestaciones del Estado los criterios “rectores” de la actuación de órganos constitucionales diferentes. La Administración habría de completar el mandato del Estado Social, mientras que el resto de órganos jurisdiccionales se basarían fundamentalmente en los principios de Estado democrático y de Estado de Derecho, siendo este último, entiendo, el más acorde con el funcionamiento del poder judicial. V. L. ORTEGA, *La concepción subjetiva...*, cit., pp. 73ss.

judiciales concretas. Por ello, el juez habrá de remitirse a su concreción en opciones normativamente establecidas en función del ámbito material del Derecho en el que se ubique el conflicto que ha de resolver. A ello obedece, por ejemplo, que los diversos legisladores hayan optado por instaurar regímenes específicos de tutela cautelar en ámbitos materiales, como el Derecho de extranjería o el medio ambiente, que, por lo demás, coinciden en buena parte de los Estados, ya que responden a cuestiones de especial relevancia social o práctica. Estos regímenes especiales continúan siendo casos difíciles, por cuanto el legislador lo que hace es incorporar normas procesales más específicas, pero dejando al juez todavía un amplio margen de decisión, tal y como corresponde al grado de indeterminación fáctica y temporal presente en los procedimientos de medidas cautelares.

El juez habría de tener también en consideración otro tipo de razones metajurídicas, cuales son aquellas relacionadas con la prueba. El eje de la tutela cautelar se encuentra en la demostración – con los medios de prueba pertinentes y con argumentos convincentes – de la urgencia y de la apariencia de buen derecho, así como de la ausencia de urgencia o de apariencia de buen derecho en la pretensión opuesta. Esta demostración ha de ser realizada por las partes, incluida la Administración, sin que por parte de ésta sea suficiente la alusión genérica al principio de ejecutividad de los actos administrativos. De todo ello, en fin, se hace eco el juez, que dictará su resolución en función y sobre la base de este tipo de argumentos.

3.- Ponderación, proporcionalidad y otros conceptos

La complejidad normativa y social ha generado la aparición de nuevos mecanismos de resolución de conflictos jurídicos. Estos mecanismos responden a diversas terminologías, resultando arduo en la práctica deslindar con precisión todas las

categorías afectadas, si bien existen ya numerosos estudios que han contribuido a arrojar luz sobre la materia.¹¹⁵⁰

En lo que respecta a la ponderación y la proporcionalidad, los estudiosos se debaten entre la consideración de la primera como parte integrante de la segunda – constituyendo así la tercera de las fases que caracterizan el modelo tripartito de origen alemán –, y la aceptación de la autonomía de ambas figuras, correspondiendo a ámbitos de aplicación temporalmente sucesivos.¹¹⁵¹ En otro orden de cosas, pero en relación con la adopción de decisiones complejas, la interdicción de la arbitrariedad y la discrecionalidad han sido objeto de atención de manera conjunta, en un intento, por lo general, de individualizar la segunda con respecto a la primera y admitir su operatividad en el ordenamiento jurídico. En lo que respecta a la razonabilidad, se trata de una categoría de reminiscencias anglosajonas e italianas que, ello no obstante, ha hecho su aparición en ordenamientos jurídicos que hasta hace algunos años la desconocían por completo.¹¹⁵² En Francia, en fin, se ha adoptado una técnica particular, el balance costes-beneficios, cuyo origen es el Derecho urbanístico.¹¹⁵³

¹¹⁵⁰ Se puede citar, por todos, J. BARNÉS, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, en “Cuadernos de Derecho Público”, nº 5, 1998, “El principio de proporcionalidad”, INAP, pp. 15ss. En las pp. 35ss. el autor procede a deslindar conceptos como los señalados en el presente epígrafe.

¹¹⁵¹ ATIENZA, en su contribución al debate sobre la discrecionalidad administrativa, también constata el vínculo entre ambas categorías. Cfr. M. ATIENZA, *Sobre el control...*, cit.

¹¹⁵² Sobre la razonabilidad, en castellano, v. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1999. Una vinculación entre proporcionalidad y razonabilidad se encuentra en F. OSSENBUHL, *Abwägung im Verfassungsrecht*, DVBl 1995, pp.904ss. [p. 907]. Apud J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit., p. 110. En Italia no existe el concepto de proporcionalidad y se emplea el de *ragionevolezza*.

¹¹⁵³ Véase al respecto J. LEMASURIER, *Vers un nouveau principe général du Droit? Le principe coûts-avantages*, en AA.VV., “Mélanges offerts à M. Waline. Le juge et le Droit Public, II”, LGDJ, París, 1974. Una explicación detallada de este principio se encuentra en un manual francés de Derecho ambiental M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, París, 4ª ed., 2001. En español verse J. DE LA CRUZ FERRER, *Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa*, REDA 45 (1985), pp. 71ss.

La distinción que interesa en estos momentos, en la medida en que es la que más directamente se relaciona con la presente investigación, es la relación entre la ponderación y la proporcionalidad. Entiendo que el vínculo deriva del contexto normativo en el que ambos mecanismos jurídicos se aplican y que no es otro que el de los principios. Así, en ambos supuestos existe un inicial conflicto entre normas de estructura abierta que ha de ser salvado. Ello no obstante, existen diferencias entre uno y otro mecanismo que han de mantenerse.

En una visión extendida de la proporcionalidad, la de raigambre germana, que tomo como paradigma a los efectos del presente trabajo¹¹⁵⁴, dicho criterio presenta una naturaleza trifásica. Ello implica que se ha de controlar que la medida adoptada resulta adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto en lo que al sacrificio de otros bienes o derechos se refiere. Pese a que la ponderación presenta indudables vínculos con esta acepción, su significado es más amplio. Es cierto que en ocasiones pueden coincidir la proporcionalidad en sentido estricto y la ponderación, pero el ámbito de aplicación de esta última se extiende a otros supuestos.

Como es sabido, el origen del principio de proporcionalidad se encuentra en el tradicional Derecho de Policía¹¹⁵⁵, o, en una visión algo más amplia, en todos los supuestos en los que existe una intervención del poder público en la esfera jurídico-privada. Por esta razón, algunos autores sostienen que se ha de restringir la aplicación de dicho principio a su contexto material originario. Sin embargo, la proporcionalidad, pese a su origen, es susceptible de ser aplicada en todas las esferas de actuación de los

¹¹⁵⁴ Ello es así debido a varias razones. El Tribunal Constitucional español ha adoptado esta postura, al menos en la jurisprudencia elaborada desde la segunda mitad de los años 90. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – aun cuando esta afirmación no se encuentra exenta de polémica – también parece haber optado por un modelo de corte germánico en lo que al principio de proporcionalidad se refiere. En otro orden de cosas, es esta visión de la proporcionalidad la que ha planteado problemas en cuanto a su diferenciación con respecto al mecanismo de la ponderación, toda vez que se ha identificado el tercer estado del primero con la aplicación del segundo.

¹¹⁵⁵ V. por todos P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, C.F. Müller, Heidelberg, 1983, pp. 67ss. Cfr. en castellano J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit., p. 106.

poderes públicos y hoy afecta, por tanto, no sólo a la intervención, sino también a las actividades de prestación.¹¹⁵⁶ En este sentido, una inicial distinción entre la proporcionalidad y la ponderación, según la cual la primera vería restringido su ámbito de actuación a la tradicional actividad de policía, mientras que la segunda desplegaría sus efectos en toda la actividad de la Administración, se encontraría desprovista de fundamento si se acepta esta visión amplia de la proporcionalidad. La diferencia, en consecuencia, se ha de encontrar en otro criterio.

La ponderación es un concepto más amplio, un método de argumentación jurídica que puede incluir la proporcionalidad, pero cuyo ámbito de aplicación es mayor. El objetivo de la ponderación es encontrar la norma aplicable al caso concreto, en aquellos supuestos en los que no es posible realizar una subsunción de corte clásico. Para ello, quizás se requiera analizar cuál es la relación de medio a fin presente en las diversas opciones a disposición de quien ha de decidir, pero ello no siempre es necesario o suficiente. Existe un cierto problema conceptual al referirse a la ponderación, dado que con dicho término se alude a diversas realidades que conllevan, por tanto, un tratamiento específico.¹¹⁵⁷ Así, se habla de la ponderación como procedimiento y como resultado, de la ponderación como tercer escalón del principio de proporcionalidad¹¹⁵⁸, de la ponderación como algo más amplio que el principio de

¹¹⁵⁶ Toda actividad de la Administración habría de ser proporcional, al menos desde el punto de vista del presupuesto, que es el ámbito en el que entiendo que las actividades de prestación pueden plantear problemas. Lo que ha variado es el eje de la argumentación. En la proporcionalidad entendida en el sentido tradicional existe una aparente vulneración del ordenamiento jurídico que, *a posteriori*, es considerada justificada por proporcional. En las actividades de prestación, sin embargo, el resultado – la prestación – en principio no tiene por qué plantear mayores problemas de índole jurídica, pero quien reclama lo hace por considerar que, a pesar de que el fin pueda considerarse acertado, los medios no lo son. Ello no obstante, a no ser que un interés concreto se vea perjudicado directamente por el acto administrativo, los problemas de legitimación son evidentes.

¹¹⁵⁷ En efecto, como constata J. BARNÉS, *“la ponderación de bienes e intereses constituye una técnica tan profusamente invocada y, desde luego, utilizada, como poco definida”*. Cfr. J. BARNÉS, *El principio...*, cit., p. 35.

¹¹⁵⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO equipara ponderación y proporcionalidad en sentido estricto, que este autor define como *“las ventajas derivadas en favor de la protección del fin público deben compensar los perjuicios causados en el derecho que se limita”*. Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, cit., p. 105. Sin embargo,

proporcionalidad.¹¹⁵⁹ En buena parte de los casos, además, las referencias a la ponderación en los textos legales o la doctrina también aluden a realidades diversas, algo que en las medidas cautelares, como se verá en el siguiente epígrafe, sucede con claridad. Por su parte, la proporcionalidad indica que una determinada medida cumple unos parámetros en la relación medio-fin, pero ello no impide que exista otra medida igualmente proporcional aplicable al caso concreto.

El control de la proporcionalidad y de la ponderación, por otro lado, también presentan naturalezas diferentes. Mientras que la ponderación, en tanto que técnica de argumentación, presenta un perfil *fundamentalmente* procedimental, la proporcionalidad implica ahondar en cuestiones de tipo sustantivo. En efecto, la integración del concepto “medida necesaria” o “medida adecuada”, que caracteriza las dos primeras fases del modelo tripartito de la proporcionalidad, no es de índole procesal, sino que implica realizar consideraciones de carácter material. En fin, el tercer estadio de la proporcionalidad, con toda probabilidad el más difícil de cara a determinar su contenido y las formas de control, exige analizar que, en efecto, las ventajas y los inconvenientes de la decisión han sido adecuadamente confrontados y que no se han producido más sacrificios que los estrictamente necesarios. En la ponderación, sin embargo, no se trata únicamente de compensar ventajas e inconvenientes. Reiterando lo ya indicado, la ponderación es un procedimiento de adopción de decisiones en los supuestos de concurrencia de normas de estructura abierta. Preciado lo anterior, se ha de indicar que si el control de la proporcionalidad es eminentemente sustantivo, el de la ponderación no es sólo procedimental. Es cierto que el juez que conozca del recurso correspondiente habrá de comprobar, en primer lugar, que se han cumplido las etapas procedimentales requeridas en la ponderación. Sin embargo, para proceder de este modo habrá de verificarse que, en efecto, la identificación de los intereses y la atribución del peso han sido correctos. En el caso de las medidas cautelares ello implica

como se ha visto, el ámbito de la ponderación es mayor y no se reduce a un balance costes-beneficios, aunque, sin duda, este balance sí constituya uno de los elementos principales a tener en cuenta.

¹¹⁵⁹ Vid. J. BARNÉS, cit., pp. 35ss.

adentrarse en los conceptos de *periculum in mora* y de *fumus boni iuris*, que son aquellos a los que van referidos los intereses relevantes a estos efectos.

En este aspecto se presentan mayores problemas, dado que la cuestión se adentra en las procelosas aguas de la discrecionalidad judicial y de los poderes del juez para sustituir la decisión material adoptada por una Administración o por un juez inferior, cuando no existe una regla clara para el caso concreto. Además, en la tutela cautelar concurre el problema añadido relativo al tipo de recursos que caben frente a los autos de medidas cautelares. Los órganos jurisdiccionales superiores, que son quienes sientan jurisprudencia, no disponen, por lo general, más que de poderes casacionales en materia cautelar. De esta manera, el control que puedan ejercer sobre las ponderaciones realizadas en la instancia resulta más bien escaso, ya que no pueden entrar a evaluar el fondo del asunto y, con ello, analizar el contenido de la ponderación realizada. Ello no obstante, en la medida en que se trate de verificar la utilización de un mecanismo de adopción de decisiones – la ponderación como procedimiento –, el problema desaparece en cierto modo, dado que la aplicación correcta o no de un determinado procedimiento es una cuestión más clara, a la que los tribunales se han enfrentado ya, si bien es verdad que lo han hecho con ciertas reticencias.¹¹⁶⁰

4.- Su aplicación en la tutela cautelar

Una vez expuestas las características generales de la ponderación de intereses, conviene ahora descender al ámbito concreto de la tutela cautelar. La expresión “ponderación de intereses” es un denominador común en la normativa y la jurisprudencia de los ordenamientos jurídicos objeto de la presente comparación. Cabe preguntarse, no obstante, si se trata de un empleo inocente de un término que goza de

¹¹⁶⁰ V. en este sentido F. J. ALCANTARILLA HIDALGO, *La revisión casacional de la tutela cautelar*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 496 (2001), pp. 1ss.

cierta popularidad en el presente, o si ello obedece a la intención de dotar de determinadas consecuencias jurídicas a su inclusión.

El análisis de la jurisprudencia y de las reacciones de la doctrina permite indicar que no se trata de una alusión genérica, sino que responde a un intento de redefinir el procedimiento cautelar en los términos analizados en el presente capítulo, esto es, en primer lugar, como un reflejo de las cuestiones discutidas en la teoría del Derecho sobre las diversas categorías de normas, y, en segundo lugar, como un instrumento al servicio de todos aquellos intereses públicos y privados que pudieran resultar afectados por el proceso.

En el presente apartado se pretende vincular lo expuesto con anterioridad sobre la teoría de las normas con el tipo de conflicto que el juez cautelar está llamado a resolver. Así, se comienza presentando brevemente el régimen de Derecho positivo que respalda dicha actividad. La brevedad obedece, entre otras cuestiones, al hecho de que el régimen legal de la tutela cautelar ha recibido ya atención detallada en el capítulo 5, al que me remito para colmar las lagunas materiales y bibliográficas que pudieran apreciarse en las presentes líneas. Del régimen jurídico se tratarán de deducir diversas cuestiones, a saber: cuál es el contenido exacto del mandato legal de “ponderar los intereses en conflicto”, cuál se supone ha de ser el comportamiento del juez en una situación de estas características y qué consecuencias se derivan de todo ello en lo que al desarrollo del procedimiento se refiere. Para ello se presenta a continuación el procedimiento de la ponderación, concebido según el esquema ya clásico de ALEXY – pero corregido en los términos indicados por ATIENZA –, esto es, como identificación de los intereses en juego, atribución de un determinado peso a los mismos y establecimiento de una regla de prevalencia condicionada que sea de utilidad para todos los supuestos en los que concurren circunstancias equiparables a las del caso concreto. Con ello se dotaría de una cierta seguridad y previsibilidad a un dominio, el de la tutela cautelar, poco dado a sistematizaciones.

A.- Algunos apuntes de Derecho positivo y evolución en la jurisprudencia

En los cuatro ordenamientos jurídicos objeto de estudio puede constatar la existencia del criterio de la ponderación de intereses, si bien el Derecho positivo no siempre lo contempla de forma explícita. Este aspecto es interesante desde el punto de vista de la formación de un Derecho Administrativo Europeo a través del diálogo interjudicial, toda vez que, como se expuso por extenso en el capítulo 3, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas exige a los jueces nacionales que tengan en cuenta el interés comunitario – realizando, por tanto, una ponderación de intereses – en la adopción de medidas cautelares que pudieran afectar al Derecho comunitario. Son los jueces nacionales quienes han reaccionado ante esta “invitación”, contribuyendo al diálogo mencionado.

a.- La recepción del concepto en el Derecho español

El legislador español incorporó el criterio de la ponderación de intereses en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, arts. 129ss., como pivote en torno al cual gira toda la regulación de la tutela cautelar. Así, tal y como prescribe el art. 130,

“1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, *la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.*

2. *La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada*”

El legislador optó por incluir una fórmula expresada en términos amplios, para así evitar cualquier mengua de la tutela cautelar y construir de esta manera un sistema abierto y adaptable a las necesidades de celeridad y flexibilidad de este tipo de protección. Por ello se evitaron criterios tradicionales, como el *periculum in mora* y el

fumus boni iuris que, sin embargo, constituyen la base de dicho juicio de ponderación. En efecto, tal y como ha constatado quien fuera en su día Ponente en el Congreso de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, J. LÓPEZ MEDEL, “el texto de la Ponencia pretendía subrayar el elemento característico de la medida cautelar que es la existencia de un riesgo en la demora de la resolución del procedimiento, por tanto la existencia de ese “*periculum in mora*”, pero no es menos cierto que tampoco se procede a una renuncia o abdicación total de la exigencia, el planteamiento y los efectos de la apariencia de buen derecho, del “*fumus boni iuris*”, como criterio jurisprudencial al uso, pues una cosa es que no haya querido consolidarse como único criterio y otra que resulte excluido, máxime cuando pese a la gran distancia y nulo basamento de la LJCA/1956 en este punto, el Tribunal Supremo ya ha venido utilizando, como así podrá ser empleado de futuro pero, insisto, no como exclusivo criterio, y ponderando también la doctrina del “*periculum*”. [...] El cambio producido tiene reflejo en el artículo 130 (...) “previa valoración circunstancial de todos los intereses en conflicto” [...]”.¹¹⁶¹

Se trata de un criterio que se encontraba en la Exposición de Motivos de la fenecida Ley de la Jurisdicción de 1956, según la cual

“...[a]l juzgar sobre su procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”.¹¹⁶²

De este texto se derivó una práctica jurisprudencial basada precisamente en el concepto de “ponderación de intereses” que la ley de 1998 codifica en buena medida.¹¹⁶³

¹¹⁶¹ Cfr. J. LÓPEZ MEDEL, *La Elaboración Parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 185.

¹¹⁶² Sobre el valor de la expresión en tanto que parte integrante de una Exposición de Motivos, v. F.J. RODRÍGUEZ PONTÓN, *Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso-Administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 78-80.

¹¹⁶³ Al respecto, pero sin insistir en necesidad de una motivación y un tratamiento argumentativo adecuados, véanse los tempranos trabajos de J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid, 1989, especialmente pp. 122ss.; del mismo autor, *De*

Más adelante, la Ley para la Protección de los Derechos Fundamentales, de 26 de diciembre de 1978, en su art. 7.4, referido a la suspensión en las cuestiones contencioso-administrativas, se pronunciaba en los siguientes términos:

“ La Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualesquiera otra naturaleza que pudieran derivarse”.

De esta regulación ha de destacarse la previsión de contracautelas o fianzas, corolario de todo el sistema de tutela cautelar, que indica la preocupación del legislador por la protección temporal de todos los intereses que pudieran resultar afectados por el procedimiento. Al hacer mención de “perjuicios de otra naturaleza”, el legislador se refiere a otros perjuicios para el interés general no “tan” graves como el que justificaría la restitución del efecto suspensivo del acto administrativo, o bien perjuicios para intereses privados que, asimismo, hayan resultado desplazados por el interés general que ha justificado la restitución del efecto suspensivo. La idea de la ponderación subyace a este artículo, si bien se pone el acento en la cláusula de salvaguarda del interés público, a la que más adelante me referiré.

En un sentido similar a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales se pronuncia la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 56 reza como sigue:

*nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87), REDA 64 (1989), pp. 639ss. También menciona la ponderación, pero única y exclusivamente en el ámbito del *periculum in mora*, E. OSORIO ACOSTA, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 58ss. La confusión entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses subsiste hoy en día con la nueva regulación. Así, por ejemplo, en el Auto de 9 de marzo de 2001 [Ar. 2849, Ponente: González Rivas] se sostiene que “*resulta que en el contraste de los intereses, presentan mayor entidad los perseguidos por el acto impugnado y tampoco es de apreciar el requisito del periculum in mora que operaría como criterio decisor de la suspensión cautelar*”. En este caso no se entiende qué tipo de valoración de intereses se ha realizado y de qué manera se diferencia de la ponderación de perjuicios.*

"[l]a Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Podrá, no obstante, denegar la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero".¹¹⁶⁴

En esta regulación se introduce otro ingrediente, cual es el de los intereses de terceros. Por otro lado, sin embargo, no existe mención específica de la ponderación de intereses como mecanismo de argumentación. Antes bien, del texto de la ley parece deducirse que, ante la presencia de una perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero, se puede denegar siempre y en todo caso la suspensión del acto administrativo impugnado. Ello no obstante, y al margen de las interpretaciones doctrinales que pudieran realizarse del texto legal, el propio Tribunal Constitucional ha introducido el elemento de la ponderación también en estos casos. Así, a título de ejemplo, en el Fundamento Jurídico Segundo del Auto 67/2002, de 22 de abril¹¹⁶⁵, afirmó lo siguiente:

"El art. 56.1 LOTC comienza estableciendo la regla de que la suspensión de la ejecución del acto jurídico público por razón del cual se reclama el amparo constitucional sólo procederá "cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad". Esta regla ha sido interpretada en doctrina reiterada por este Tribunal en el sentido

¹¹⁶⁴ Sobre los antecedentes históricos de este artículo, que se encuentran directamente en la Ley reguladora del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española, v. J. VECINA CIFUENTES, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 1993, pp. 202ss.

¹¹⁶⁵ Sin embargo, ya en 1980, el Tribunal Constitucional – en un amparo suscitado a raíz de un proceso penal – estableció que "[r]esponde este precepto legal a criterios racionales de equilibrio entre los intereses del recurrente, los intereses generales de la sociedad y los derechos de terceros. En su aplicación a cada caso concreto habrá que valorar conjunta y ponderadamente todos estos elementos" (FJ 2º del ATC 17/1980, de 24 de septiembre, Ar. 17). En general, sobre la jurisprudencia relativa a los criterios de ponderación que emplea el Tribunal Constitucional en los autos de medidas cautelares, v. M.A. MONTAÑÉS PARDO, *La Suspensión Cautelar en el Recurso de Amparo. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 127ss. V. también J. VECINA CIFUENTES, cit. pp. 238ss.

de que para que proceda la suspensión es necesario que se cumpla el requisito de que, si ésta no se acordara, la eventual estimación del recurso de amparo sería ya "tardía" y el restablecimiento en el derecho constitucional vulnerado ya no podría ser efectivo sino "meramente ilusorio y nominal" (AATC 61/2000, de 28 de febrero, FJ 1; 18/2001, de 29 de enero, FJ 3; 161/2001, de 18 de junio, FJ 1; entre otros). Por ese motivo no accede este Tribunal, con carácter general y con algunas excepciones, a la solicitud de suspensión de resoluciones que imponen obligaciones de pago de cantidad o, en general, de contenido económico o patrimonial, pues la lesión que de ellas se deriva es normalmente reparable (AATC 18/2001, de 29 de enero, FJ 1; 106/2001, de 7 de mayo, FJ 2; 120/2001, de 8 de mayo, FJ 2; 161/2001, de 18 de junio, FJ 2; entre otros muchos).

No basta, sin embargo, con que se cumpla con esa regla de que la falta de la suspensión hiciera perder al recurso de amparo su finalidad para que aquélla deba adoptarse necesariamente. El mismo art. 56.1 LOTC, después de establecer esta regla, remite a un juicio motivado de ponderación en el que hay que enfrentar, por una parte, el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia de la resolución recurrida y, por otra, el perjuicio que causa al interés público o a terceros la suspensión de la ejecución de aquélla. Eso explica que haya casos en los que, a pesar de cumplirse la regla de que la lesión en los derechos del recurrente ya no sea reparable -como sucede en los supuestos en los que está implicado el derecho a la libertad personal, porque la pérdida de libertad (según hemos declarado, por ejemplo, en el ATC 61/2000, de 28 de febrero, FJ 2) no es resarcible-, este Tribunal no puede acordar la suspensión "cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero".

Como he indicado más arriba, del texto legal de la LOTC no se deduce necesariamente que el juez haya de realizar una ponderación, y podría interpretarse que la restitución del efecto suspensivo tiene lugar mediante el mecanismo técnico de una regla. Ello implicaría que en todos los supuestos en los que concurra una perturbación de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero habría de denegarse la suspensión del acto. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, con acertado criterio, considera que el juicio de ponderación es una consecuencia lógica del texto normativo y ello por el siguiente motivo. Una vez superado el primer análisis, el referido a la regla según la cual la no suspensión haría perder al amparo su finalidad, la gravedad del perjuicio a los intereses generales o de

tercero se ha de medir en función del resultado de dicha regla, esto es, ha de ser un perjuicio equiparable al perjuicio causado al justiciable por la eliminación, en la práctica, de las posibilidades de un recurso, en la medida en que no va a poder disfrutar de los beneficios de una eventual sentencia favorable. Por ello, no cualquier perjuicio grave justifica la restitución de la ejecución, sino sólo aquel perjuicio de gravedad superior a la determinada por la pérdida de la finalidad del amparo. Si se constatará que la gravedad es equiparable, habría de estarse al tenor general del artículo, que no es otro que el carácter favorable a la suspensión del acto.

La relevancia de esta doctrina para las medidas cautelares adoptadas en la jurisdicción contencioso-administrativa no puede ser obviada y se ha de vincular, además, con la doctrina constitucional de interpretación del principio de ejecutividad de los actos administrativos en el contexto normativo que surge de la Constitución de 1978.¹¹⁶⁶ Así, se ha de determinar en cada caso cuál es el peso de la ejecutividad para el interés general y de terceros, frente al peso de la suspensión, ponderando cuál ha de ser la solución para el supuesto concreto, con las cautelas y fianzas que resulten necesarias para no menoscabar con carácter absoluto el interés que resulte “perdedor” en la resolución cautelar. Por todo ello, las características específicas del juicio de ponderación en la jurisprudencia constitucional deben ser tenidas en consideración por los magistrados de lo contencioso-administrativo, al menos, aunque no sólo, en lo que al tratamiento específico de los derechos fundamentales se refiere. No obstante lo anterior, en ocasiones el Tribunal Supremo parece desviarse de esta interpretación y considera la ponderación de intereses como un tercer elemento, distinto del perjuicio y el *fumus*, pero cuyas características no quedan claramente definidas.

En algún caso, en fin, el Tribunal Supremo ha empleado otra fórmula, la de razonabilidad, vinculada precisamente con la ponderación (en realidad se habla de la

¹¹⁶⁶ Al respecto, v. Capítulo 4. Véase, entre otros, J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, RAP 120 (1989), pp. 277 ss.

“racionalidad de la ponderación realizada en la instancia”¹¹⁶⁷. Así, la sentencia de 16 de junio de 1997 [Ponente: Segundo Menéndez, Ar. 1997/5443], que despacha una cuestión relativa a prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito del audiovisual, es un compendio del significado de la ponderación en la jurisprudencia contencioso-administrativa española. Además, insiste en la obligación del juez nacional de tener en consideración la jurisprudencia comunitaria en materia cautelar *“atendiendo a lo que de ella resulte sobre el método de análisis de la cuestión sobre las circunstancias a ponderar y su respectiva valoración, y sobre las medidas adoptables”*.¹¹⁶⁸ Se ha de señalar para concluir que en este asunto el Tribunal Supremo indica una serie de consecuencias concretas derivadas de la moderna concepción de la ponderación. Entre dichas consecuencias puede destacarse la obligación de la Administración de concretar los intereses públicos que pudieran resultar perturbados por la suspensión, razón por la cuál el legislador en su día introdujo un trámite de solicitud de informe del Ministerio o Autoridad de que procediese el acto o disposición objeto del recurso (art. 123.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956), trámite que ha dejado de existir con la nueva ley.

b.- Las reticencias francesas hacia la aceptación de un criterio de estas características

En la tradición francesa no existe una regulación sobre la ponderación de intereses, pero, como en otros ordenamientos, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial. La evolución original tuvo lugar a raíz de la consideración de la suspensión de actos administrativos como una facultad del juez¹¹⁶⁹, vinculada a unos extraordinarios poderes discrecionales, de los mayores que posee el órgano judicial en el

¹¹⁶⁷ Cfr. FJ 7º.

¹¹⁶⁸ Cfr. FJ 6º.

¹¹⁶⁹ Valga por todos el señero *arrêt* del consejo de Estado de 2 de julio de 1982, *Huglo et autres*, Rec. p. 257, AJDA, 2 (1982), p. 657.

contencioso-administrativo.¹¹⁷⁰ En este contexto, bajo la expresión “ponderación de intereses” y precisamente en relación con la amplia discrecionalidad del juez de lo contencioso, la expresión se ha utilizado en la doctrina únicamente para referirse al interés público como tercera condición para la adopción de medidas cautelares, es decir, como cláusula de salvaguarda del interés público: en el segundo sentido, por tanto, de los indicados en el presente capítulo.

Baste añadir por el momento que esta libertad tan amplia puede ser censurada, en particular si se atiende a la escasa motivación de la mayor parte de los autos sobre medidas cautelares¹¹⁷¹, que emplean términos como “circunstancias del caso” o “intereses en presencia”, sin precisarlos, como argumento central de su proceder.¹¹⁷² Por todo ello, y en tanto que elemento esencial del Estado de Derecho,¹¹⁷³ sería deseable un desarrollo de la motivación, en línea con el concepto de ponderación de intereses como técnica específica de argumentación.

Todas estas cuestiones se relacionan con el problema más general del control de la actividad de los jueces. Si el legislativo se legitima por su origen democrático, al margen por ahora de las críticas que sobre dicho carácter democrático puedan surgir, el juez se legitima por el modo en que ejerce su actividad.¹¹⁷⁴ En este sentido, y en aras, además, a garantizar una transparencia que hoy se ha erigido en principio fundamental

¹¹⁷⁰ Cfr. O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, París, 1991, pp. 297ss.

¹¹⁷¹ Las diferencias en el grado de motivación de los autos de medidas cautelares en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea es presentada como problemática por Th. GROß en su análisis sobre la eventual convergencia de sistemas jurídicos en Europa. Cfr. Th. GROß, *Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union*, Die Verwaltung 33 (2000), pp. 415ss.

¹¹⁷² V. a título de ejemplo TA Estrasburgo 8 de septiembre de 1986, *Assoc. de sauvegarde de la vallée de la Moselle*, p. 318, AJ 1987, p. 122, nota C.-A. G. También, CE de 20 de febrero de 1987, *Mme Ricard*, DA 1987, n°186.

¹¹⁷³ V. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 9ª ed., 2001, pp. 1218ss. Las medidas distintas de la suspensión no son tratadas por el autor en sede de ponderación de intereses.

¹¹⁷⁴ Cfr. L PRIETO SANCHÍS, *Ley...*, cit., p. 65.

de las modernas teorías del Derecho, la determinación clara del *iter* argumentativo que ha llevado al juez a adoptar su decisión resulta imprescindible. Este paradigma procedimental del Derecho no suele ser objeto de atención por parte del legislador, quien por lo general no establece normas específicas sobre dicho *iter* argumentativo procedimental. Es por lo general la propia jurisprudencia quien paulatinamente desarrolla reglas de aplicación a casos concretos que, con posterioridad, algún recopilador sistematiza.

Si la descrita ha sido la situación tradicional en el Derecho francés, con el nuevo régimen de medidas cautelares, en vigor desde el 1 de enero de 2001, el Consejo de Estado ha desarrollado ya una abundante jurisprudencia y, en concreto, ha admitido el criterio de la ponderación de intereses. Pese a la existencia de algunos pronunciamientos anteriores, se ha de citar como resolución judicial señera la del Consejo de Estado¹¹⁷⁵ de 28 de febrero de 2001, asunto *Préfet des Alpes Maritimes/Société Sud-Est Assainissement*, que resuelve un recurso de casación – el primero desde la entrada en vigor de la reforma - frente a un auto de suspensión del Tribunal Administrativo de Niza.

El origen del proceso se encuentra en una resolución de 17 de octubre de 2000 del prefecto de los Alpes Marítimos, en calidad de delegado de la Administración central francesa en este departamento del sureste del país. Mediante la resolución se concede a una empresa, la “Société Sud-Est Assainissement”, una licencia de explotación de un centro de almacenamiento de desechos domésticos, una vez puesto de manifiesto que el antiguo depósito de desechos, también situado en la comuna de Villeneuve-Loubet, había llegado al máximo de su capacidad, habiéndose de ordenar, por tanto, la explotación de uno nuevo. Dicha explotación se pretende realizar en una

¹¹⁷⁵ Es una decisión de sección del Consejo de Estado, esto es, de la reunión de todos los Presidentes de Subsección.

zona de gran valor ecológico, el denominado “vallon de la Glacière”,¹¹⁷⁶ y, por ello, dos asociaciones ecologistas y dos particulares interponen recurso de anulación frente a la concesión de la licencia, solicitando asimismo la suspensión, o *sursis à exécution*, en tanto no se adopte una resolución definitiva sobre la cuestión. La suspensión es acordada por el Tribunal Administrativo de Niza, quien unos meses antes ya había suspendido una licencia de idénticas características a la ahora impugnada, anulándose con posterioridad debido a un vicio de forma. Subsano dicho vicio, se concede de nuevo la licencia, que es nuevamente suspendida debido a que la polución generada en el centro de explotación que se pretendía instalar afectaría a un espacio arbolado clasificado como de interés ecológico.¹¹⁷⁷ Esta suspensión es la que constituye en estos momentos el objeto del recurso de casación ante el Consejo de Estado.¹¹⁷⁸

Se trata de una sentencia de las denominadas “de principio”, esto es, que dilucida una cuestión jurídica esencial no clarificada hasta ese momento. Pese a que, fiel a su estilo, el Consejo de Estado se pronuncia en términos sumamente genéricos y con

¹¹⁷⁶ El valor ecológico de la zona es puesto de relieve por el comisario del gobierno Seban en sus conclusiones al presente caso, que se analizan más adelante, cuando afirma que “[p]ara valorar lo que está en juego en el presente asunto, basta con pensar en la geografía del departamento de los Alpes Marítimos, con un terreno accidentado, entre el mar y la montaña, repleto de parajes remarquables y de lugares y pueblos bien conocidos. En este departamento, encontrar terrenos donde implantar depósitos de basuras constituye casi la cuadratura del círculo”.

¹¹⁷⁷ Se ha de indicar, para completar el relato fáctico, que la concesión de licencia del prefecto tiene lugar en el marco del plan urbanístico (*plan d'occupation des sols*) aprobado por la comuna de Villeneuve-Loubet, de acuerdo con el cual se reserva una zona para alojamiento de residuos. Ello no obstante, el 13 de julio de 2000 se elimina dicha previsión mediante la modificación del plan. El prefecto interpuso recurso (*déféré préfectoral*) frente a dicha modificación, modificación que fue asimismo suspendida por el Tribunal Administrativo de Niza.

¹¹⁷⁸ Reiterando aspectos procesales ya señalados en el capítulo 6, los autos de medidas cautelares de suspensión, entre otros, son dictados en primera y única instancia (cfr. art. L. 522-1 CJA). Ello no obstante, el Consejo de Estado, siguiendo las Conclusiones del Comisario Seban en este aspecto, admite la casación siguiendo su línea jurisprudencial sobre la casación antes de la nueva ley, originada con el asunto “d'Aillières” (sentencia del Consejo de Estado reunido en Asamblea de 7 de febrero de 1947, Rec. p. 50 = RDP 1947, p. 68). Según esta línea jurisprudencial, en los supuestos de resoluciones dictadas en última instancia cabe en todo caso la interposición de un recurso de casación ante el Consejo de Estado, a menos que la resolución de la instancia haya emanado del propio Consejo de Estado. Por esta razón, en la parte reglamentaria del Código de Justicia Administrativa (art. R. 523-1 CJA) se establecen las condiciones de interposición del recurso de casación en supuestos concernientes a las medidas cautelares.

enorme laconismo, las conclusiones del comisario del gobierno Seban son un compendio de la ponderación de intereses entendida en el sentido al que me vengo refiriendo en estas líneas.

A pesar de que los hechos que originan el proceso se generan mientras está vigente la antigua regulación, la del *sursis à exécution*, y los demandantes solicitan, de hecho, el *sursis*, la resolución del Tribunal Administrativo de Niza se adopta el 18 de enero de 2001¹¹⁷⁹, esto es, bajo la nueva normativa, la relativa al *référé-suspension*. Como ya se indicó, algunos autores se han preguntado si se ha producido alguna modificación efectiva del régimen del *sursis* y han apuntado que la reforma no ha obedecido más que a una operación de "maquillaje". En efecto, los paralelismos entre ambas instituciones son palmarios y el *référé-suspension* es considerado el heredero del *sursis*, razón por la cual la demanda (en este caso concreto, pero también todas las que han debido ser conocidas por el juez francés en esta etapa de transición) es tratada según el régimen jurídico del *référé-suspension*. Las diferencias entre ambas medidas cautelares probablemente no se deducen directamente del texto legal, pero el Consejo de Estado está llamado a ponerlas de manifiesto en su jurisprudencia. Por esta razón el Comisario Seban se ocupa por extenso de determinar cuáles son los rasgos de continuidad y de diferencia entre ambas instituciones. La cuestión no es baladí en el presente supuesto, dado que el procedimiento se originó al amparo de la antigua normativa y se ha de determinar si el nuevo Código de Justicia Administrativa resulta o no de aplicación.

El Código de Justicia Administrativa y, con él, el nuevo régimen de tutela cautelar, entró en vigor el 1 de enero de 2001, con una *vacatio legis*, por tanto, de casi ocho meses.¹¹⁸⁰ Sin embargo, el mismo no incluye ninguna disposición transitoria –

¹¹⁷⁹ Resulta asombrosa la rapidez con la que decide en este caso el órgano jurisdiccional francés. Dicha celeridad puede deberse al hecho de que la mayor parte de los trabajos destinados a poner en funcionamiento la explotación del centro de almacenamiento de desechos habían sido completados y, de no detenerse esta operación con carácter inmediato, la fuerza de los hechos añadiría más complicaciones para la resolución definitiva.

¹¹⁸⁰ Art. 6 de la *ordonnance* n° 2000-387, de 4 de mayo de 2000; Art. 4 del decreto n° 2000-388, de 4 de mayo de 2000; Art. 7 del decreto n° 2000-389, de 4 de mayo de 2000. Sobre estas normas y, en general,

equiparable a la Octava de la Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹¹⁸¹ – que establezca qué ocurre con los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva norma y que han de continuar en un tiempo en el que ésta despliega plenamente sus efectos. Para ello se ha de acudir al Decreto n. 2000-1115, de 22 de noviembre, que regula la parte reglamentaria del *référé* y que entró en vigor, según lo establecido en su art. 7, el 1 de enero de 2001, es decir, en la misma fecha que el Código de Justicia Administrativa en su conjunto. El art. 5 del Decreto regula los problemas derivados de la transitoriedad y establece que

“[l]as disposiciones anteriores a la ley de 30 de junio de 2000 (...) y al presente decreto sólo resultarán de aplicación a las demandas de suspensión o de sursis à exécution¹¹⁸² referidas a litigios que hayan sido objeto de demanda presentada ante el secretario de una jurisdicción administrativa antes de la publicación del presente decreto”.

La distinción básica entre la antigua y la nueva regulación de la suspensión de los actos administrativos – entendida como paradigma de las medidas cautelares en el

sobre el proceso de elaboración y caracteres esenciales del Código de Justicia Administrativa me remito a mi artículo *“En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia”*, REDA 116 (2002), pp. 557 ss.

¹¹⁸¹ *“En los procedimientos pendientes a la entrada en vigor de esta Ley podrán solicitarse y acordarse las medidas cautelares previstas en el Capítulo II del Título VI”.* Con este precepto se plantea una duda. Así, está claro que en el régimen español los recurrentes podrán solicitar las medidas cautelares que estimen oportunas y, para ello, podrán alegar tanto la fenecida Ley de 1956 como la Ley de 1998. Sin embargo, del texto legal no se deduce que el juez de lo contencioso pueda “convertir” una petición de medidas cautelares realizada al amparo de la antigua ley en una petición de medidas según la nueva ley. A pesar de que la Ley de 1998 incorpora teóricamente un modelo más desarrollado que la ley de 1956 – aunque no se puede olvidar que el legislador procedió a codificar en cierta manera una línea jurisprudencial clara –, es posible que, en un caso concreto, las garantías se vieran disminuidas, en especial si se procede a interpretar la expresión “ponderación de intereses” como cláusula de salvaguarda del interés público. En el caso francés que está siendo objeto de comentario en este momento se produce precisamente una mutación de estas características y, por esta razón, el Comisario Seban estudia cuáles son los rasgos de continuidad y de diferencia entre uno y otro modelo.

¹¹⁸² Se ha de recordar que en Derecho francés se distingue entre la suspensión en sentido clásico, o *sursis à exécution*, y suspensión entendida como medida provisionálsima, que recibe técnicamente el nombre de “*suspension*” y que opera como medida cautelar para proteger el objeto del pleito en tanto no se adopte una resolución sobre la demanda de *sursis à exécution*.

contencioso-administrativo¹¹⁸³ - viene determinada por una nueva interpretación de los conceptos de *periculum in mora* y de *fumus boni iuris*. Esta nueva interpretación adquiere carta de naturaleza en las conclusiones del Comisario Seban quien, en conexión con ello, propondrá al Consejo de Estado la adopción de la técnica de la ponderación de intereses en el sentido que ahora interesa. Seban, de hecho, recuerda que las condiciones para la suspensión del acto administrativo impugnado son cuatro. La primera, vinculada con la característica de la instrumentalidad que determina la naturaleza de las medidas cautelares, exige que se haya interpuesto un recurso de anulación o de reforma. La segunda y la tercera se corresponden con los conceptos de *periculum in mora* y de *fumus boni iuris* en el sentido indicado en los Capítulos precedentes. La cuarta, en fin, determinada por la jurisprudencia *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, es la que interesa a los presentes efectos y, por ello, será objeto de atención en las líneas que siguen. Pese a tratarse de una cuestión vinculada con otros apartados del presente trabajo, su relevancia obliga a ofrecer una explicación pormenorizada en el presente epígrafe.

La sentencia *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame* fue dictada por el Consejo de Estado el 13 de febrero de 1976.¹¹⁸⁴ En dicho pronunciamiento el Consejo de Estado estableció la máxima según la cual la suspensión de los actos administrativos es una facultad del juez, y no una obligación, de manera que puede denegarla, incluso si concurren las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico para su adopción,

¹¹⁸³ La referencia al carácter paradigmático obedece tanto a la frecuencia con la que se solicita esta medida, en comparación con otras, así como al hecho de que constituye un peligro tradicional al principio de ejecutividad de los actos administrativos.

¹¹⁸⁴ Cfr. Rec. p. 100, AJ 1976, p. 302. Las conclusiones a dicho caso fueron presentadas por el comisario del gobierno Morisot y se encuentran en RDP 1976, pp. 903ss. El relato fáctico se refiere a la ubicación de un Tribunal Administrativo de Apelación en el Palacio de Justicia de Versalles. Para ello se debía proceder a la ampliación del edificio y frente a ello recurre la Asociación para la protección del barrio de Notre-Dame de Versalles. A pesar de concurrir los elementos necesarios para proceder a la suspensión, el Consejo de Estado considera que el interés público en el caso concreto exige que se proceda a la ejecución. Esta decisión ha suscitado muchas críticas y, por ello, el Consejo de Estado ha sido, desde entonces, sumamente cauteloso en su aplicación.

siempre que el interés general lo justifique. Dos conclusiones importantes pueden extraerse de este pronunciamiento.

De un lado, esta sentencia incide en los poderes del juez, que recibe de esta manera un poder casi absoluto sobre el procedimiento. Es probablemente, como se indicaba al principio del presente epígrafe, una de las más claras manifestaciones del poder discrecional del juez. Ello no obstante, la técnica de la ponderación de intereses, en tanto que mecanismo de argumentación, trata precisamente de establecer unas pautas que el juez habría de seguir en su razonamiento, para dotar a éste de un mínimo de controlabilidad. En este sentido, en relación con las modernas tendencias en el Derecho (cuyas palabras clave son transparencia, motivación y control), esta lectura de una jurisprudencia antigua y, según la doctrina, escasamente utilizada¹¹⁸⁵, habría de ser abandonada, en pos de una concepción del juez como árbitro necesario, pero sometido a estrictas normas procedimentales y de argumentación.

De otro lado se insiste en el carácter básico de la ejecutividad de los actos administrativos, “en tanto que regla fundamental del Derecho Público”, según la sentencia *Huglo* citada más arriba. Así, el interés general subyacente al acto administrativo puede justificar que, aun existiendo un peligro de perjuicio grave e irreparable para un interés, e incluso si se constata que, a primera vista, su pretensión tiene visos de prosperar en el proceso principal, no se acuerde la suspensión.

Esta breve mención a la sentencia *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame* resulta necesaria a efectos de comprender las conclusiones de Seban en *Préfet des Alpes Maritimes*. Así, el comisario del gobierno estima que dicha jurisprudencia no ha quedado abandonada con la nueva regulación, en especial si se considera que dicha jurisprudencia surgió en su día a raíz del verbo “poder” de la antigua regulación. En

¹¹⁸⁵ Cfr. R. CHAPUS, cit. (2001), n. 1582. También el comisario del gobierno Seban lo reconoce en sus conclusiones al presente caso, a pesar de su propuesta de mantener esta línea jurisprudencial con el nuevo régimen jurídico del *référé*.

efecto, al afirmarse que el juez “podía” adoptar la suspensión, se estimó que se trataba de una facultad de denegación de la misma incluso en los supuestos en los que concurrían las condiciones para ello.¹¹⁸⁶ El art. L. 521-1 CJA también indica que en las circunstancias previstas legalmente el juez “puede” adoptar la suspensión. Podría pensarse que el cambio habría de venir dado por una diferente interpretación del verbo, a la luz precisamente de las críticas vertidas por la doctrina. Ello es coherente con el espíritu de elaboración de la nueva regulación de la tutela cautelar en Francia. En efecto, como es sabido, la reforma del *règlement* surgió del propio Consejo de Estado, quien no era capaz de acometerla de forma sistemática – sino única y exclusivamente a raíz de los asuntos que le fueran llegando – y, por ello, constituyó un grupo de trabajo cuyas conclusiones serían más tarde el grueso de la nueva normativa. La voluntad de cambio, sin embargo, no derivó en una regulación muy novedosa y radicalmente diferente de la anterior. Al contrario. Sin embargo, como es habitual en el país galo y como se esperaba ya en el momento de redacción de la reforma, la modificación se está produciendo de mano de la jurisprudencia. Por esta razón hubiera resultado incoherente que el Consejo de Estado se mantuviera firme en una línea jurisprudencial caduca, fuertemente criticada y que el propio órgano jurisdiccional quería superar.

Ello no obstante, Seban considera que la jurisprudencia *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame* conserva su pertinencia, toda vez que el objeto del antiguo *sursis* y de la actual suspensión, el acto administrativo con las características definitorias tradicionales y, en especial la ejecutividad, es idéntico. Para reforzar su postura, además, el comisario del gobierno se remite a los trabajos preparatorios de la nueva normativa, en los que consta que una propuesta de modificación del texto legal para imponer al juez la obligación de adoptar la suspensión si concurrían las condiciones para ello, fue desestimada. Se ha de añadir que si con carácter general esta solución puede suscitar opiniones encontradas, uno de los mayores escollos a superar es el determinado por el

¹¹⁸⁶ Esta interpretación fue criticada por algunos sectores de la doctrina. R. CHAPUS, por ejemplo, entiende que el verbo “poder” en este caso no se trata sino de la atribución genérica de la competencia al órgano jurisdiccional para adoptar este tipo de resoluciones, pero no la facultad concreta de decidir si hace o no uso de sus poderes.

fumus boni iuris. En efecto, si se constata que concurre un peligro grave e irreparable para un interés afectado por el acto administrativo y que, además, la pretensión en el proceso principal tiene visos de prosperar, debido a que el acto es, en efecto, aparentemente ilegal, ¿cómo se justifica que se pueda mantener la eficacia jurídica de dicho acto? Seban argumenta que ello sólo ocurrirá en los supuestos de vicios que puedan ser subsanados *a posteriori*, como los de forma, o bien en otros casos, como aquellos derivados de una norma cuya modificación, en un sentido favorable al mantenimiento de la ejecución, es inminente.

Parece que la interpretación que el comisario del gobierno da a esta jurisprudencia viene determinada por el principio de economía procesal vinculado con el de conservación del acto. En efecto, si de los datos de que dispone el juez se deduce que el objeto del procedimiento dejará de serlo en un futuro – entiendo que no demasiado lejano, dado que, en caso contrario, se frustraría probablemente el derecho a una tutela judicial efectiva –, el juez puede optar por no suspender y esperar a que la situación jurídica se modifique, habiendo desaparecido, en consecuencia, la cuestión litigiosa. Ahora bien, Seban descarta por completo la interpretación tradicional dada a la jurisprudencia *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, según la cual al juez le está permitido siempre y en todo caso apelar a un genérico o específico interés general para justificar la denegación de la suspensión solicitada. Como afirma el comisario del gobierno, “no acertamos a ver cuál es el interés general lo suficientemente imperioso como para impedir la adopción de la suspensión, pero no suficiente para impedir la anulación del acto impugnado”. De esta máxima excepciona el interés comunitario, sobre la base precisamente de la sentencia del Tribunal de Justicia *Zuckerfabrik*¹¹⁸⁷. Ello no obstante, de las conclusiones de Seban no se deduce con claridad cuál es la justificación del diverso tratamiento, dado que, en esencia, si existe una irregularidad, dicha irregularidad no es menos importante por el hecho de proceder de un ordenamiento que goza de primacía frente al ordenamiento nacional. No se entiende qué interés

¹¹⁸⁷ Al respecto me remito a lo expuesto en el Capítulo 3.

comunitario puede justificar la ejecución inmediata de un acto que no sólo es susceptible de causar perjuicios a diversos intereses en juego, sino que, además, tiene visos de ser ilegal. En estas circunstancias el juez nacional habría de plantear la cuestión prejudicial oportuna y adoptar la medida cautelar necesaria en función de la ponderación de intereses que resulte adecuada, ponderación en la que el interés general, incluido el comunitario, habrá ya tenido cabida y habrá sido sopesado con el resto de intereses en conflicto. Esta es precisamente la apreciación de Seban con respecto al interés general nacional, algo que constituye una razón de más para exigir idéntico tratamiento jurídico-argumentativo para el interés general comunitario.

En efecto, el comisario del gobierno considera que el interés general ha de ser tenido en consideración por el juez en el mismo momento procesal que el resto de intereses afectados por el pleito, momento que Seban identifica con la valoración de la urgencia¹¹⁸⁸. La "toma en consideración de los intereses en presencia" es una fórmula que ya existía en el régimen del *sursis à exécution*. Si en ocasiones se empleaba en el sentido criticado más arriba, es decir, como medio para denegar la suspensión aludiendo a un genérico interés público, en otros supuestos sí se realizaba una auténtica ponderación de los intereses, tanto públicos como privados, que pudieran verse afectados por el pleito. Es cierto que, como en otros ordenamientos, el interés particular había de presentar una especial gravedad para justificar la suspensión y, de hecho, por lo general requería el "sustento" de un interés público. Ello no obstante, los vínculos con la técnica de la ponderación de intereses son palmarios.

La consideración de los intereses en presencia ha de conducir, a juicio de Seban, a una ponderación de urgencias, a una ponderación de los perjuicios que los diversos intereses en conflicto pueden sufrir a raíz de la suspensión y a raíz de la ejecución del acto impugnado. Como afirma el Comisario, "*la urgencia no puede ser reconocida con ligereza: si todo es urgente, quiere decir que todos los recursos son suspensivos; si no es ese el caso, ello es debido a*

¹¹⁸⁸ Sobre las diferentes acepciones de la urgencia en el Derecho francés, véanse los capítulos 5 y 7.

que a la urgencia de suspender se opone la urgencia de ejecutar". Por todo ello, la urgencia ha de valorarse de forma conjunta, objetiva y global, no sólo en función del perjuicio que pueda sufrir el demandante en sus intereses, sino también incluyendo los eventuales perjuicios a los intereses generales (no sólo el que subyace al acto impugnado) y a otros intereses privados que pudieran resultar afectados por la resolución judicial. El carácter objetivo se opone, en palabras de Seban, al subjetivo, determinado por la apreciación unilateral del perjuicio.

Probablemente la novedad radica en considerar que la ejecución del acto también puede comportar urgencia (a pesar de que, como indicará Seban más adelante, existen precedentes en la historia del *sursis à exécution* en los cuales se contrastó la urgencia en la ejecución con la urgencia en la suspensión). Hasta la entrada en vigor de la nueva normativa, el perjuicio tenido en consideración sólo lo era del demandante, perjuicio que rara vez justificaba la adopción de la suspensión. Las alusiones al interés general se realizaban vinculándolo con los principios generales del Derecho Administrativo y, en concreto, con la importancia del principio de ejecutividad de los actos administrativos para el adecuado desarrollo de la actividad de la Administración. La nueva tendencia no es, en definitiva, más que una concreción de la propia definición del Derecho Administrativo: la obtención del equilibrio entre los intereses públicos y los intereses privados.¹¹⁸⁹ Esta tendencia, además, incide en las garantías de los particulares, algo que había sido observado con sospecha y cierto rechazo por parte de la doctrina.¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁹ Seban también hace mención de este particular y se remite a la fórmula del *arrêt Blanco*: "el propio oficio del juez administrativo consiste en conciliar los derechos del Estado con los derechos privados".

¹¹⁹⁰ Seban se referirá más adelante a la advertencia realizada por R. VANDERMEEREN, según quien "sería [...] peligroso reconciliarse con las tendencias jurisprudenciales reticentes a la adopción de la suspensión justificada en el hecho de que el acto se ha dictado sobre la base de un interés público y lesiona solamente un interés material privado".

De todo ello se hará eco el Consejo de Estado en su resolución de 28 de febrero de 2001, adoptando la expresión de "apreciación global y objetiva de la urgencia" que el propio Tribunal describe como sigue a continuación:

*"[c]onsiderando que la urgencia justifica que se pronuncie la suspensión de un acto administrativo en tanto que la ejecución de éste vulnere de manera suficientemente grave e inmediata, un interés público, la situación del demandante o los intereses que éste trate de defender; que corresponde al juez de référés apreciar concretamente, teniendo en cuenta los argumentos proporcionados por el demandante, si los efectos del acto litigioso son susceptibles de caracterizar una urgencia que justifique la suspensión, sin esperar a la resolución del fondo; que igualmente le compete, dado que la urgencia se ha de apreciar objetivamente y teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias de cada caso, hacer constar en su decisión todos los elementos que, en función especialmente de la argumentación de las partes, le han llevado a considerar que la suspensión demandada revestía un carácter de urgencia (...)"*¹¹⁹¹

La fórmula desarrollada por el Consejo de Estado exige que se analice en qué medida la ejecución afecta de modo grave e inmediato a un interés público, a la situación del demandante o a los intereses que pretende defender. La ponderación de intereses, en el contexto de la suspensión de actos administrativos, que es el ámbito en el que se elabora la fórmula, se aprecia por tanto en el contexto de la urgencia y sólo de la urgencia. El lugar de actuación del *fumus* es, de acuerdo asimismo con la tradición francesa, muy reducido y la jurisprudencia muestra cómo la recién creada ponderación de intereses lo mantiene en el lugar marginal que le ha correspondido en el Derecho galo clásico. En conexión con lo propuesto por el comisario del gobierno, la objetividad que se predica de la apreciación de la urgencia exige que se tengan en cuenta otros intereses además del interés del demandante. No se hace referencia a la especial consideración del interés público, pero parece que no puede sino ocupar un lugar destacado. Ello no obstante, y como novedad en el contexto francés, se exige que se hayan de ponderar, además, otros intereses públicos y de terceros que pudieran resultar

¹¹⁹¹ Cfr. tercer Considerando. El subrayado es mío.

afectados por la medida. Aquello que constituye el objeto de la ponderación son los “riesgos” para los intereses¹¹⁹², circunstancia que, de nuevo, conecta con la idea de la urgencia. La ponderación presenta, en consecuencia, una doble naturaleza. De un lado, es un método para proceder a la valoración de las urgencias respectivas. Sin embargo, en un momento precedente, es una condición de la medida cautelar, dado que contribuye a definir la urgencia y forma parte de la misma.

Este sería, a juicio de Seban, el auténtico sentido de la sustitución del criterio de las consecuencias difícilmente reparables por el más genérico de “urgencia”. ¿Y cuál es en este contexto el papel del *fumus*? El *fumus* contribuye también en este ordenamiento a determinar la urgencia. Así, sólo las pretensiones que presenten un mínimo de posibilidades de prosperar en el proceso definitivo son susceptibles de ser consideradas “urgentes” a efectos de la ordenación de la suspensión.

Habiéndose constatado que la toma en consideración de la urgencia remite a la técnica de la ponderación de intereses, cabe preguntarse cuál es la novedad del nuevo régimen. Se trata de una pregunta que subyace a todos los ordenamientos jurídicos, tal y como he indicado en diversas ocasiones, dado que, junto a la apelación constante a esta suerte de fórmula mágica, la realidad es que instituciones similares existían con anterioridad. Reiterando ideas ya expuestas, diría que la precisión de Seban es importante por dos razones.

En primer lugar, se descarta la interpretación clásica de la jurisprudencia *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles*, entendida como cláusula de salvaguarda del interés público. Esta apreciación sirve para todos los ordenamientos, como ya he tenido ocasión de señalar, y ello es así porque la opinión contraria significaría admitir que al interés público se le ofrecen dos oportunidades para hacer

¹¹⁹² Se podría discutir si existen partes o no en este estado del proceso en el que éste todavía no se ha iniciado. El comisario del gobierno Seban sí se refiere al concepto de “partes” en sus conclusiones. La discusión se ha planteado en el Derecho alemán, donde se ha afirmado que, en esta fase del procedimiento, todavía no resulta adecuado emplear el concepto de “parte”.

frente al recurso: la primera, en la ponderación de las condiciones del *periculum in mora*, principalmente, y, en menor medida, del *fumus boni iuris*. La segunda, en un momento posterior, justo antes de adoptar la decisión pertinente.

En segundo lugar, la precisión de Seban y, con ella, la toma de conciencia de la ponderación de intereses en la tutela cautelar y en todo el Derecho Público en general indican la necesidad de establecer unos parámetros procedimentales claros para que el juez dicte resoluciones de acuerdo a los mismos. Sólo de esta manera se puede ejercer un cierto control objetivo sobre una materia tan profundamente casuística en la que, como se ha reiterado hasta la saciedad, la imposición de reglas directas y concretas resulta poco menos que imposible. En este punto se puede traer a colación el presupuesto del que partían los redactores de la ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 y del que da cuenta el Ponente de la misma en el Congreso de los Diputados, Jesús LÓPEZ MEDEL, con las siguientes palabras:

*“Evidentemente, nadie discutía que la tutela cautelar es un sistema casuístico por excelencia, en el que las fórmulas legales rígidas, cualesquiera que fueran, no sirven a lo cautelar, de modo que los únicos límites del juzgador deben ser no prejuzgar el conflicto jurídico traído al proceso principal y no adoptar medidas que desborden la finalidad de la tutela cautelar”*¹¹⁹³

Esta afirmación, clásica, resulta hoy inadecuada. Los límites que se plantean, la prohibición de prejuzgar el fondo y la adopción de medidas que pudieran exceder de su carácter meramente cautelar (algo que constituye una matización de la prohibición de prejuzgar el fondo), son límites sustantivos que en la actualidad están siendo relativizados en determinados contextos materiales en los que la urgencia impone la adopción de resoluciones especialmente rápidas (remito para ello a lo expuesto en el Capítulo precedente). Hoy en día se insiste en la imposición de límites procedimentales

¹¹⁹³ Cfr. J. LÓPEZ MEDEL, cit., p. 182.

al juez. Ello es debido a que la imposición de límites materiales comporta problemas desde el punto de vista de la división de poderes, cuestión que ha recibido enorme atención en las doctrinas nacionales y comunitaria, en particular a raíz del estudio de la discrecionalidad administrativa y su control jurisdiccional.

Estas consideraciones coinciden con lo insinuado por Seban en sus conclusiones. Así, el comisario del gobierno destaca el esfuerzo argumentativo que habrá de realizar el juez para adoptar este tipo de resoluciones, resoluciones que, de esta manera, serán "mejor aceptadas y respetadas". Ello se refiere, en términos prácticos, no sólo al control social al que de esta manera se somete al juez de las medidas cautelares, sino también al control ejercido por los órganos jurisdiccionales competentes, que habrán de comprobar la adecuación del *iter* argumentativo. De esta circunstancia se deducen consecuencias que he desarrollado en otros apartados del presente trabajo, pero que pueden dejarse aquí indicadas.

Se plantea la cuestión del tipo de control jurisdiccional que es posible ejercer sobre este tipo de resoluciones. A esta materia Seban dedica un epígrafe detallado en sus conclusiones, toda vez que se trata, como ya se indicó, del primer recurso de casación sobre un auto de suspensión que el Consejo de Estado ha de resolver desde la entrada en vigor de la nueva normativa. De nuevo insistiendo en la continuidad de un régimen con respecto al anterior, se repasan brevemente las condiciones del control de casación que ha ejercido tradicionalmente el Alto Tribunal francés. Resulta interesante destacar que, pese a la relevancia casi absoluta que presenta el requisito de la urgencia, el control de casación se ha centrado siempre en el criterio del *fumus boni iuris* o, en expresión francesa, en las alegaciones serias.¹¹⁹⁴ Así, el control ha girado en torno al concepto de "error de Derecho", determinando que el Consejo de Estado verifique si el Tribunal de la instancia ha incurrido o no en un error de estas características al apreciar la concurrencia de las condiciones de adopción de las medidas cautelares. Ello no

¹¹⁹⁴ Sobre esta cuestión, v. R. SCHWARTZ, *L'étendue du contrôle de cassation sur la notion de "moyen sérieux" en matière de sursis à exécution*, RFDA 10 (1), 1994, pp. 43ss.

obstante, el Tribunal de instancia siempre ha dispuesto de un elevado grado de apreciación, que, siguiendo la tradición, aumenta en los supuestos de desestimación de la demanda, supuestos en los que el órgano jurisdiccional podía limitarse a indicar que en el caso concreto no concurrían los requisitos del *periculum* y del *fumus*. Sin embargo, si el juez de la instancia había optado por adoptar la medida cautelar, había de justificar cuáles eran las alegaciones serias que habían determinado su decisión.

Este tipo de control resulta a todas luces insatisfactorio, en especial desde el punto de vista de la argumentación, que es en definitiva una garantía del funcionamiento adecuado de los órganos jurisdiccionales. Por esta razón estima Seban que el Consejo de Estado ha de establecer “*reglas uniformes de aplicación (...), para de esta manera evitar una aplicación dispar y, consiguientemente, desigualitaria*”. La necesidad de establecer reglas generales de aplicación cuyo respeto controla el propio Consejo de Estado en casación viene determinada, además, por el hecho de que la casación constituye con el nuevo régimen prácticamente el único tipo de control posible sobre los autos de medidas cautelares, excepción hecha del *référé-libéré*, para el que el Código de Justicia Administrativa prevé expresamente la posibilidad de la apelación directa también ante el Consejo de Estado. Además, el hecho de que las decisiones cautelares sean adoptadas por un juez único y con cierta mengua del principio de contradicción – por razones temporales – lleva a exigir el establecimiento de reglas que garanticen el respeto de unos criterios básicos y comunes en todas las instancias jurisdiccionales.

El punto de partida de la nueva casación que propone Seban es el modelo elaborado por el Consejo de Estado para el antiguo *sursis à exécution*, esto es, la designación de la concurrencia de las condiciones para la adopción de la medida o, en su caso, la no concurrencia, si se trata de la desestimación. El control basado en el concepto de “error de derecho” también permanecería. Sin embargo, un control reforzado exigiría insistir en alguno de los siguientes cuatro puntos: la calificación jurídica de la urgencia, de un lado, y/o del *fumus boni iuris*, de otro; una motivación más

exhaustiva respecto de la urgencia, de un lado, y/o del *fumus*, de otro. Seban propone que, en coherencia con la jurisprudencia asentada del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación, que ostenta la última palabra en materia de Derecho Privado, así como en aras a dejar un margen de libertad a los jueces de la instancia, el Consejo de Estado no debería controlar casacionalmente la calificación jurídica de la urgencia y del *fumus*, limitándose a constatar los supuestos de concurrencia de error de derecho o de “desnaturalización”¹¹⁹⁵. Se ha de destacar que el comisario del gobierno incluye entre los errores de derecho aquél consistente en no ponderar adecuadamente las urgencias respectivas, en especial por no dar entrada en la argumentación a la urgencia del demandado que, por lo general, será la Administración.

Finalmente, ¿qué tipo de control le queda al Consejo de Estado? Le queda el control de la motivación, tal y como manifiesta Seban, en consonancia, por otra parte, con las modernas teorías de la transparencia de la acción judicial.¹¹⁹⁶ De hecho, como indica el Comisario, una “apreciación equilibrada” de la urgencia contribuye a consolidar la legitimidad del juez. Si bien en principio no se exige más que la motivación mínima sin la cual no hay motivación, a continuación el comisario del gobierno afirma que dicha motivación “*es la garantía de que los argumentos han sido analizados, comprendidos, pesados, y que los documentos que [las partes] han aportado al expediente han sido tenidos en consideración*”. Sólo de esta manera se puede impedir que se reabra de nuevo el proceso. Además, y a diferencia del régimen del *sursis*, la motivación tiene lugar tanto en los supuestos de adopción como de denegación de la suspensión. Pero, ¿en qué se diferencia esta motivación detallada de la simple designación de la concurrencia de la urgencia o del *fumus*, designación considerada adecuada bajo la antigua ley? Seban da la pista cuando indica lo siguiente: “*es difícil trazar intelectualmente la frontera entre la simple designación de las alegaciones consideradas suficientemente serias y esta*

¹¹⁹⁵ Entiendo que se refiere a una interpretación tal de los criterios de la urgencia y del *fumus* que se pierdan de vista los contornos de su naturaleza jurídica.

¹¹⁹⁶ Cfr. sobre este aspecto concreto M.-C. PONTTHOREAU, *Réflexion sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français*, RDP, 1994, pp.747ss.

*motivación más desarrollada sin ser, sin embargo, completa. Continuamos siendo ampliamente tributarios de la teoría del silogismo jurídico, heredado de Montesquieu y de Beccaria, según el cual la motivación del juez se desarrolla de acuerdo con un silogismo en el que la premisa mayor es la ley y la premisa menor son los hechos. Ahora bien, este esquema de razonamiento se adapta mal a la exposición de una duda sobre el carácter serio de unas alegaciones, exposición que adoptaría más fácilmente la forma de una "opinión" a la anglosajona".*¹¹⁹⁷

En consonancia con las conclusiones del comisario del gobierno, el Consejo de Estado anula el auto de suspensión del Tribunal de Niza, debido a una motivación insuficiente de la urgencia. Si las razones que justifican la existencia de serias dudas sobre la legalidad de la medida adoptada se encuentran claramente detalladas, la justificación de la urgencia presenta lagunas.¹¹⁹⁸ El órgano jurisdiccional de la instancia sólo ha considerado las alegaciones de una de las partes y no ha procedido a estudiar en qué medida otros intereses (especialmente los de la parte demandada, en este caso, el Estado¹¹⁹⁹) pueden verse afectados por su resolución.¹²⁰⁰ El comisario del gobierno critica que el Tribunal de Niza no haya realizado más que alegaciones genéricas a eventuales perjuicios al medio ambiente, sin entrar a analizar los argumentos concretos

¹¹⁹⁷ Sobre los métodos del juez administrativo francés, incluido el silogismo jurídico y sus límites, v. el clásico Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, París, 1972. En conexión con un tipo de argumentación del juez administrativo francés, en concreto la vinculada al control de los estándares, véase el trabajo igualmente clásico de S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, París, 1980.

¹¹⁹⁸ Ello no obstante, y a pesar de que el comisario del gobierno no añade nada más sobre el *fums* en este apartado de sus conclusiones, sí lo hace al final de las mismas, cuando solicita al Consejo de Estado que anule el auto de la instancia. En coherencia con el recurso de casación, al Consejo de Estado le está, en principio, vedado el análisis de los motivos de fondo que han llevado al juez de la resolución recurrida a adoptar la misma. Como ha indicado Seban, la casación se ha de limitar a constatar errores de derecho o desnaturalizaciones y no cabe verificar las apreciaciones del Tribunal de Niza con respecto a las serias dudas sobre la legalidad del acto administrativo impugnado. Sin embargo, el comisario del gobierno indica al final de sus conclusiones que la adecuación a Derecho de dichas serias dudas en la resolución de la instancia no le parece evidente. Entiendo que de esta manera está dejando la puerta abierta al Consejo de Estado, en este su primer recurso de casación frente a un auto de suspensión tras la reforma de las medidas cautelares, para que, si así lo estima oportuno, introduzca un control más férreo sobre las resoluciones de los Tribunales inferiores.

¹¹⁹⁹ Por cuanto el prefecto representa el interés del Estado en el departamento.

¹²⁰⁰ V. tercer Considerando.

de las partes, que eran más específicos, en cuanto se referían a la no adopción por parte de la Administración pública de las medidas necesarias para hacer frente al riesgo de contaminación de la capa freática. En otro orden de cosas, el auténtico perjuicio al medio ambiente habría de producirse si no se procedía a acondicionar un lugar para almacenar ordenadamente los desechos, dado que lo contrario significaría la continuación de los vertidos de forma indiscriminada y sin control. Ello conllevaría, por último, un riesgo para la salud pública que se ha de tener en consideración.

Por otro lado, el Tribunal no había entrado a valorar el interés público que se debatía en el pleito, cual era la garantía de la continuidad del funcionamiento del depósito. De esta manera se está estableciendo una exigencia procedimental dirigida al juez en la valoración de los intereses: sólo aquellos alegados por las partes en el pleito y no cualesquiera que el órgano jurisdiccional tenga a bien introducir en el debate procesal. Del interés público relativo a la continuidad del funcionamiento del depósito se deducen determinados elementos que añaden peso a la urgencia de una de las partes. A título de ejemplo, el traslado provisional de los desechos habría de conllevar consecuencias financieras para las arcas públicas. Si bien es verdad que los perjuicios de naturaleza exclusivamente económica no justifican por sí mismos, en general, la adopción de una determinada medida, coadyuvan a la adopción (o no adopción) de este instrumento si concurren otros criterios.

Así, el Consejo de Estado vincula el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales a la definición de la urgencia y, con ello, debido a su identidad conceptual en el actual sistema, a la ponderación de intereses.¹²⁰¹ La frase que emplea el comisario del gobierno en sus conclusiones es harto expresiva: *"El razonamiento seguido por el juez de référé nos parece, por lo tanto, desequilibrado"*. El supuesto se resuelve atendiendo a la nueva regulación sobre el *référé* (Considerando núm. 5) y el Consejo de Estado procede a resolver directamente, sin remisión a la instancia.

¹²⁰¹ V. cuarto Considerando.

c.- El supuesto especial del Derecho alemán

El legislador alemán también ha previsto una ponderación de intereses en el sistema de medidas cautelares recogido en los arts. 80 y 123 de la *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) y, como en el caso español, la ponderación puede entenderse completada, aunque de forma matizada, con la realizada por su Tribunal Constitucional directamente en la adopción de medidas cautelares, o indirectamente mediante el control constitucional ejercido sobre la jurisdicción ordinaria.¹²⁰²

La ponderación de intereses para la suspensión de los actos administrativos en Alemania se regula en el número 4 del apartado 2 del artículo 80 VwGO, que - como excepción a la regla de la suspensión automática - prevé la restitución de la ejecución del acto *"en los casos en los que la Administración autora del acto, o la que haya conocido del recurso frente al mismo, ordene la inmediata ejecución por razones de interés público o de un interés prevalente de un interesado"*. Esta decisión es susceptible de control por el juez contencioso-administrativo, tal y como establece el apartado 5 del artículo 80 VwGO, que determina que el juez haya de entrar a valorar la ponderación realizada.

Para las medidas cautelares distintas de la suspensión, reguladas en el par. 123 VwGO, no existe previsión específica. A pesar de que la jurisprudencia no encuentra

¹²⁰² Ello no obstante, se ha de indicar que la función modélica que se ha autoirrogado el propio Tribunal Constitucional alemán es criticada en la doctrina. V. J. BERKEMANN, *Comentario al artículo 32 BVerfGG*, en D.C. UMBACH/T. CLEMENS (eds.), *"Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch"*, Heidelberg, C.F.Müller, 1992; también, F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, V. Decker, Heidelberg, 1988, y, más recientemente, del mismo autor, *Einstweilige Anordnung*, en P. BADURA/H. DREIER (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tomo I (*Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassungsprozess*), Mohr Siebeck, 2001, pp. 695ss. Este último autor se refiere específicamente al carácter deficitario del modelo elaborado por el *Bundesverfassungsgericht* en relación con el modelo del contencioso-administrativo (cfr. pp. 722ss.) y propone la exportación de algunas características de este último al primero, en concreto, la consideración de las perspectivas de éxito de la demanda principal y las facultades del juez de modificar la medida adoptada si así lo estima pertinente. Desde un punto de vista más amplio, refiriéndose en general al derecho a la tutela judicial efectiva, v. B. HUBER, *Auswirkungen der Urteile des Bundesverfassungsgericht vom 14.5.1996 auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG*, NVwZ, 1997, pp. 1080ss.

inconveniente en aplicarlo del mismo modo, se trata de una cuestión problemática y discutida en la doctrina. Autores como SHOCH o FINKELNBURG/JANK consideran que el método de la ponderación de intereses, aplicado en las órdenes provisionales para los supuestos en los que el relato fáctico no es claro o presenta interrogantes, es demasiado “puro” y vulnera la propia naturaleza de la medida cautelar, en concreto el principio de accesoriedad o instrumentalidad.¹²⁰³ Este principio vincula el objeto de la medida cautelar con el objeto del pleito principal y, materialmente, ambos aparecen ligados. Además, de acuerdo con estos autores la ponderación de intereses no respetaría la estructura del instituto de la medida cautelar positiva, dividida en Alemania en *justificación de la orden provisional* y *pretensión de la orden provisional*, dado que la ponderación se centra en la justificación, dejando de lado la pretensión, circunstancia que supondría una vulneración del régimen legal de esta institución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se ha manifestado sobre la división interna del instituto, división que los tribunales ordinarios han deducido directamente de una interpretación del art. 123.3 VwGO vinculada con el régimen procesal civil (art. 920.2 ZPO), y que se utiliza para justificar la no aplicación del criterio de la ponderación de intereses en las medidas cautelares del art. 123 y su sustitución por otro método según el cual el juez habría de prejuzgar necesariamente el objeto de la demanda principal. El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha establecido que en ambos casos - suspensión y órdenes provisionales -, el criterio de decisión ha de ser una ponderación de intereses de idénticas características.¹²⁰⁴

aa.- La evolución en la doctrina

La ponderación de intereses en el contexto de la suspensión de actos administrativos venía siendo utilizada por los Tribunales de lo contencioso-

¹²⁰³ Cfr. F. SHOCH, cit., pp. 1558ss. [p. 1572]; K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, Munich, 4ª ed., 1998, pp. 73ss. [p. 76].

¹²⁰⁴ Cfr. BVerfGE 51,286. Al respecto puede verse el comentario de H. BICKEL, *Vorläufiger Rechtsschutz und materielles Verwaltungsrecht*, DÖV 1983, pp. 49ss.

administrativo inmediatamente antes de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1960, en consonancia con la tradición alemana plasmada en normas anteriores.¹²⁰⁵ La ponderación de intereses, por tanto, no es una novedad en el control de la Administración en Alemania. A ello se refiere WIESELER al aludir a diversas modificaciones realizadas en 1808 al art. 80 del *Allgemeines Landrecht* de 1794, que recopilaba las normas vigentes en Prusia. El art. 80 regulaba la suspensión de lo que hoy se denomina “acto administrativo” y la modificación de 1808 afectó a ciertos asuntos relacionados con las arcas públicas y con la policía, fundamentalmente, singularizando algunos supuestos en los se permitía la suspensión.

Ello no obstante, las menciones que se acaban de realizar lo son de ponderaciones realizadas por la propia Administración en la resolución de los recursos ante ella interpuestos¹²⁰⁶, o resueltas por las propias normas que el juez no habría sino de aplicar de forma automática. Al juez no se le atribuye la competencia para decidir este tipo de cuestiones (y empleando este mecanismo) con carácter general hasta la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1960,¹²⁰⁷ pero ya los tribunales establecidos en cada una de las zonas ocupadas tras la Segunda Guerra Mundial gozaban de este tipo de facultades atribuidas por las normas adoptadas por cada una de las potencias ocupantes. WIESELER constata, en fin, que la ponderación es un instrumento que recoge el legislador del s. XX, que pretendería con ello terminar con una concepción autoritaria de la suspensión de los actos administrativos, para permitir la entrada a un modelo en el que todos los intereses reciban adecuada atención.¹²⁰⁸

¹²⁰⁵ Cfr. K. FINKELNBURG/K.P. JANK, cit., pp. 14-15.

¹²⁰⁶ En Alemania coexistieron dos modelos de control de la Administración hasta la aprobación de la Constitución de Weimar, cuyo art. 107 preveía la creación de tribunales administrativos entendidos como tribunales especializados diferenciados de la jurisdicción ordinaria. Mientras en Prusia y en otros Estados del centro el control de la Administración se realizaba por los tribunales ordinarios, en los Estados del sur, aquellos que recibieron influencia francesa, seguían un modelo de justicia retenida. Cfr. W. WIESELER, *Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, p. 97, nota 8, y p. 107.

¹²⁰⁷ Cfr. W. WIESELER, cit., pp. 97-98.

¹²⁰⁸ Cfr. W. WIESELER, cit., p. 118.

Pese a la aplicación práctica de la ponderación de intereses, su estudio doctrinal no se desarrolla hasta el momento en que aparecen los primeros comentarios a la *Verwaltungsgerichtsschreibung* de 1960 y surgen las primeras críticas. Así, en 1966, a raíz de una sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 12 de junio de 1964, CZERMAK alude a la inadecuada ponderación de los intereses en conflicto en los procedimientos de tutela cautelar, dado que estima que los tribunales incurrir en un error metodológico que desvirtúa esta forma de argumentación.¹²⁰⁹ En este sentido, la ponderación de intereses no implicaría la consideración de cualesquiera intereses alegados por las partes, como parece venía realizándose hasta dicha fecha, sino que el juez habría de tener en cuenta en exclusiva los intereses determinados normativamente que resultaren pertinentes para el caso concreto. Las alusiones generales al interés público o al bien común, así como referencias vagas respecto de la situación del demandante sin relación con la cuestión jurídica debatida en el pleito, no tendrían cabida en este marco argumentativo.

Se ha de indicar, además, que CZERMAK se hace eco de la distinción entre dos instrumentos para dar respuesta a las pretensiones de tutela cautelar. El primero de ellos es una subsunción de corte clásico, mediante la cual se identifica la norma aplicable al asunto material subyacente. Con ello, en realidad se estaría realizando un juicio sumario de la cuestión litigiosa. El segundo de los instrumentos es la ponderación en el sentido al que me refiero en estas páginas.¹²¹⁰ Partiendo de esta distinción,

¹²⁰⁹ Vid. F. CZERMAK, *Rechtserrurigungen oder Interessenabwägung?*, DÖV 1966, pp.49ss. [49].

¹²¹⁰ Con esta distinción se está haciendo hincapié en las diferentes respuestas del ordenamiento a los problemas derivados de la mora procesal y, con ello, en la diversa naturaleza de las medidas a adoptar. La distinción se basa en la relación entre el procedimiento cautelar y el Derecho material subyacente al mismo, que implica que en Derecho alemán se diferencie entre el modelo del *proceso sumario "bajo reserva"* [el término es de la autora] y las órdenes de regulación. En el primero es determinante la existencia de una resolución provisional basada en el relato fáctico del supuesto y que permanece en vigor bajo reserva de una resolución diferente en el proceso de fondo. Si bien la accesoriedad se mantiene, el proceso cautelar presenta autonomía en la práctica, dado que en la mayor parte de las ocasiones juicio cautelar y juicio de fondo coinciden. En el segundo modelo, el de la orden de regulación, el relato fáctico - y con él los medios de prueba - pierden protagonismo y ceden el paso a una evaluación en

CZERMAK se centra en la subsunción de corte clásico para criticar la resolución del tribunal alemán. El Tribunal Administrativo Federal, tras la subsunción, es decir – en concreto –, una vez constatada de forma provisional la inidoneidad para la conducción de vehículos, analiza las perspectivas de éxito de cada una de las pretensiones, y determina así si concurren serias dudas sobre la legalidad del acto impugnado. CZERMAK entiende que, en el caso concreto, la identificación de la norma aplicable y la consecuente subsunción que ésta requiere no ofrecen lugar a dudas y, por ello, el Tribunal no ha de tener en cuenta otros intereses eventualmente afectados por el proceso.¹²¹¹

En esta concepción prima la visión de las medidas cautelares como juicios sumarios, en detrimento de su consideración como instrumentos de aseguramiento de determinadas situaciones jurídicas en la espera de una decisión final del pleito. Esta reflexión planteada tempranamente por CZERMAK será la precursora de la tendencia existente en buena parte de la doctrina alemana en la actualidad, según la cual el juicio cautelar admitiría el prejuicio de la cuestión de fondo.

Un año más tarde, en 1967, ROHMEYER también plantea la necesidad de eliminar la prohibición del perjuicio del fondo, pero la base teórica para ello difiere.¹²¹² Para ROHMEYER es precisamente la necesidad de asegurar el objeto del pleito la que

cierta manera neutral de las situaciones jurídicas afectadas, para asegurarlas durante el tiempo necesario para resolver el fondo del asunto. En estos casos se trataría esencialmente de una resolución de probabilidades y no interesa tanto su coincidencia con el contenido de la resolución de fondo, cuanto el aseguramiento de las distintas posiciones jurídicas, en aras a garantizar que la sentencia final, con independencia de su tenor, sea efectiva. Cfr. J. BERKEMANN, *Das "vedeckte" summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, JZ 1993, pp.161ss. [pp. 162-163].

¹²¹¹ "(...) el concepto jurídico de la inidoneidad para conducir vehículos (art. 4.1 StVG) – el único concepto determinante en estos momentos y el único que ha de ser analizado – no admite deducir un principio que proteja alguno de los intereses afectados, ni tampoco un interés público a una situación financiera regular o a un tráfico igualmente regular (interés que en otro contexto jurídico sería importante), ni, en fin, un interés privado al ejercicio ilícito de una profesión".

¹²¹² H. ROHMEYER, *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967.

justifica la adopción de la medida y, en su caso, el perjuicio del fondo del asunto.¹²¹³ El faro-guía del procedimiento cautelar es para este autor el criterio de la reparabilidad y ROHMEYER constata cómo en determinados supuestos, contrastando la reparabilidad de las diferentes opciones de que dispone el juez, aquella que resulta menos reparable suele coincidir con la resolución del fondo y, por lo tanto, la prejuzga en cierta medida. ROHMEYER menciona en concreto un tipo de casos que más adelante constituirán el paradigma del perjuicio sobre el fondo, a saber: los supuestos de denegación de ingreso en un centro de educación (básica, media o superior), o de acceso al siguiente curso por no haber superado las pruebas pertinentes.¹²¹⁴ Obsérvese, en fin, cómo el contraste de las irreparabilidades no comporta sino una ponderación de intereses en el sentido al que me vengo refiriendo.

El factor tiempo, el riesgo que por esta causa cada parte ha de correr en el proceso, pueden justificar que la decisión cautelar se asemeje en la medida de lo posible a la decisión de fondo que el juez finalmente adoptará.¹²¹⁵ Sin embargo, la naturaleza de las medidas cautelares se desvirtúa, dado que éstas no van a servir siempre y en todo caso para regular de forma definitiva la cuestión litigiosa. No cabe duda de que en ciertos supuestos es necesaria una decisión cautelar que en su contenido será idéntica a la cuestión de fondo. Son los supuestos en los que, de no procederse a un perjuicio de la cuestión de fondo, como proponen algunos autores alemanes, se privará al

¹²¹³ ROHMEYER, por tanto, parte del modelo de la ponderación de intereses, más desvinculado del relato fáctico que el modelo de la subsunción. La ponderación sería pretendidamente más neutra y trataría de garantizar un equilibrio, un *statu quo*.

¹²¹⁴ Cfr. ROHMEYER, cit., especialmente pp. 179ss.

¹²¹⁵ Esta perspectiva, la neutralización de los riesgos, es la adoptada en Alemania, desde el trabajo de Habilidad de F. SCHÖCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., en el que el Profesor teutón construye un sistema de medidas cautelares (sistematiza el sistema de medidas cautelares puesto en práctica por los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa) desde el punto de vista del riesgo que corren las partes por el transcurso del tiempo necesario para obtener razón procesal. Este riesgo es el determinante para conceder la medida, pero también el que, *a posteriori*, indicará qué responsabilidad corresponde a cada una de las partes en función de la regulación provisional de su situación jurídica. Este riesgo es diferente del denominado "riesgo originado por el proceso tecnológico", pero, ello no obstante, este último no se encuentra ausente del sistema de medidas cautelares y entra en juego en la valoración realizada por el juez sobre la adopción o no de la medida.

demandante de tutela judicial efectiva.¹²¹⁶ Y únicamente en estos últimos parece lógico realizar dicho prejuicio, no sólo por razones de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva de la otra parte en el proceso, sino también en aras a garantizar el buen funcionamiento de la justicia en general.

Este tipo de resoluciones, sin embargo, presenta problemas. Si la resolución ha de revisarse en el proceso principal mediante un control cuya intensidad no difiere en gran medida de la realizada en la fase cautelar, quizás incluso por un juez diferente a quien conoció del proceso cautelar, el resultado es que, lejos de agilizar el funcionamiento de la justicia, se está ralentizando el mismo, dado que cada proceso habrá de ser resuelto dos veces en la misma instancia. Dudo que la resolución definitiva pueda limitarse siempre y en todo caso a la confirmación de la resolución sumaria, dado que se supone que el juez cautelar no ha tenido el tiempo necesario para estudiar el supuesto en profundidad. En caso contrario, no se entendería que no hubiera adoptado la resolución definitiva en el momento de adopción de la medida cautelar.

Por tanto, en función de la naturaleza de cada medida cautelar, y entroncando con ideas ya indicadas, el legislador habría de establecer procedimientos sumarios específicos en determinadas constelaciones jurídico-materiales en los que consta que una justicia retardada es una justicia denegada. Esto no ha de ser siguiendo de forma automática el adagio clásico, sino debido a las especiales circunstancias que caracterizan cada ámbito del Derecho. En los demás casos, se debería realizar una ponderación de intereses con la finalidad de asegurar las situaciones jurídicas afectadas por el pleito. En dicha ponderación se tendrían en consideración las perspectivas de éxito de la demanda, pero ello no obligaría al juez a realizar un estudio pormenorizado de cada supuesto. En esta ponderación de intereses habría de acudirse, como proponía CZERMAK, a los intereses definidos legalmente. Sin embargo, a pesar de que esta tarea puede resultar, más o menos, sencilla, plantea problemas con respecto a los

¹²¹⁶ ROHMEYER ya en 1967 establece un vínculo entre ambos. H. ROHMEYER, cit., p. 183.

intereses privados. En este sentido, y en este punto discrepo de CZERMAK, sí se han de tener en consideración las circunstancias particulares del individuo, dado que si el fin de la medida cautelar es el aseguramiento de cada situación, son probablemente esas circunstancias particulares las que, en el caso de los ciudadanos, han de ser protegidas.

Un año más tarde del artículo de CZERMAK, en 1967, Peter HÄBERLE publicó un comentario a otra resolución, esta vez del Tribunal Administrativo Superior de Coblenza (en el *Land* de Renania Palatinado)¹²¹⁷, en el que se planteaba en el ámbito específico del interés fiscal uno de los problemas estudiados por CZERMAK, esto es, las alegaciones abstractas y generales de intereses públicos.¹²¹⁸ HÄBERLE concluía que la alusión al interés financiero como interés público es demasiado gratuita en la jurisprudencia contencioso-administrativa, ya que no todo interés financiero ostenta el mismo rango en una hipotética graduación del interés público y, de otro lado, no todo interés financiero ha de ser considerado necesariamente como interés público. El autor atribuye las causas de este hacer de los Tribunales contencioso-administrativos a la teoría general del Estado y entiende que éstos defienden y aplican aún “hoy” (1967) la teoría del Fisco elaborada por FORSTHOFF¹²¹⁹.

La ponderación de intereses, por tanto, ha recibido atención normativa, jurisprudencial y legal desde momentos bien tempranos en el Derecho Administrativo alemán. Durante largo tiempo, además, se ha considerado la alternativa al prejuicio de la cuestión de fondo, si bien se ha de indicar que ambos modelos no son sino

¹²¹⁷ Auto de 26 de febrero de 1965, DVBl 1967, p. 239.

¹²¹⁸ Vid. P. HÄBERLE, “Fiskalische” Interessen als “Öffentliche” Interessen i.S. des §80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO?, DVBl 1967, pp. 220ss.

¹²¹⁹ Vid. E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Beck, Munich, 1973. En este punto se ha de recordar asimismo que la doctrina ve en la obra de FORSTHOFF una continuación de la de DUGUIT en lo que a la introducción del interés colectivo se refiere. Cfr. A. NIETO, *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, RAP 76 (1975), pp.9ss.[pp. 21ss.]. Afirma NIETO en la p. 23 que “[l]a atención de los intereses colectivos es lo que permite la supervivencia de cada persona y, por tanto, deben tener un rango primordial y ser asumidos por el Estado”.

compatibles.¹²²⁰ A esta aproximación a la materia se ha de añadir, de otro lado, la proporcionada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A la labor de dicho Tribunal y, en general, a la influencia de la jurisprudencia constitucional en todos los ordenamientos en lo que al derecho a una tutela judicial efectiva se refiere, ya me referí en el capítulo 4. En el epígrafe que sigue a continuación se presenta, sin embargo, una cuestión algo diversa: el transplante del modelo de tutela cautelar elaborado por el Tribunal Constitucional Federal en Alemania, en los autos de medidas cautelares adoptados directamente por el mismo en el contexto de recursos ante dicho órgano constitucional, y las críticas surgidas ante dicho transplante.

bb.- El Tribunal Constitucional Federal y la ponderación de intereses: desarrollo de un método de argumentación y problemas del transplante

El Tribunal Constitucional Federal alemán puede adoptar medidas cautelares en función del art. 32 de la Ley que regula su organización y funcionamiento.¹²²¹ Para ello sigue el método de la ponderación de intereses, tal y como ha hecho constar desde sus primeras sentencias¹²²². Este método, sin embargo, presenta diversas variantes, que han sido identificadas por el propio Tribunal y desarrolladas por la doctrina,¹²²³ pero que comparten un denominador común: las perspectivas de éxito de la demanda

¹²²⁰ Cfr. F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., p. 1577.

¹²²¹ *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (BVerfGG), última versión de 11 de agosto de 1993.

¹²²² Cfr. Sentencia de 13 de junio de 1979, BVerfGE 51, 268 [280]=NJW 1980, 35. Ya en esta sentencia el propio Tribunal Constitucional constata que se trata de una postura mayoritaria.

¹²²³ Cfr. fundamentalmente F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., pp. 1558ss. Véase también H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, en C. STARCK (ed.), "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz", Festgabe BVerfG, 1976, vol. I, p. 170; R. GEBHART, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts*, 1965; G. HELFFERICH, *Die einstweilige Anordnung in der Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland*, 1962; M. LEMKE, *Vorläufiger Rechtsschutz im verfassungsgerichtlichen Verfahren des Bundes und der Länder*, 1972; W. LÖWER, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, en ISENSEE/P. KIRCHHOF (eds.), "Handbuch des Staatsrechts", 1987, vol. II, pp. 843ss.; C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3ª ed., 1991, pp. 242ss.; H.P. TÜTTEMBERG, *Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren*, 1968; C.-H. ULE, *Einstweilige Anordnungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren*, en "Festschrift für Theodor Maunz", 1981, pp. 395ss.; R. ZUCK, *Rede der Verfassungsbeschwerde*, 2ª ed., 1988, pp. 353ss. Más recientemente, F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, cit.,

principal.¹²²⁴ El proceso metodológico de adopción de medidas cautelares con respecto a la jurisdicción ordinaria se invierte. En efecto, los tribunales de lo contencioso-administrativo analizan las perspectivas de éxito de la demanda principal, con mayor o menor intensidad, en la última fase de su razonamiento, tras el análisis del perjuicio para las diferentes situaciones jurídicas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional parte de este presupuesto para la formulación de las diferentes posibilidades. Así, si la demanda principal se encuentra claramente fundada, el Tribunal adopta por lo general la medida solicitada sin entrar a analizar la urgencia.¹²²⁵ En este tipo de supuestos, en el que el carácter fundado de la demanda parece evidente, cabría plantearse de nuevo la idoneidad de mantener dos procedimientos diferenciados: uno cautelar y otro de fondo, sustancialmente idénticos, que se suceden en el tiempo. Entiendo que habría de plantearse la posibilidad de “transformar” la resolución cautelar en resolución de fondo, con las adecuadas garantías exigidas por el principio de contradicción y prueba. En segundo lugar, si el asunto principal no es claro, se ponderan los intereses públicos y privados de las partes. En este apartado se han de analizar los perjuicios y otras consecuencias que comporten a cada una de las partes tanto la adopción de la medida como su denegación.

Los primeros años de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resultaron de baja calidad dogmática en esta materia, pero ya entonces desarrolló su teoría de la “doble hipótesis”.¹²²⁶ Con ella el Tribunal analiza las consecuencias de su decisión,

¹²²⁴ Esta afirmación, sin embargo, es matizable. V. a título de ejemplo la resolución del BVerfG de 12 de marzo de 2000, sobre la manifestación del NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*). La adopción de dicha resolución parece estar vinculada con el miedo que suscita la manifestación y el peligro de incidentes, y no con estrictos criterios de legalidad.

¹²²⁵ Véase como resolución paradigmática la sentencia del BVerfG de 11 de febrero de 1982, NVwZ 1982, 241.

¹²²⁶ Fórmula “*Cuanto más-entonces*” (*Je-desto-Formel*), según la cual “*la pretensión de tutela cautelar es mayor cuanto más graves sean los daños para el demandante y cuanto de forma más evidente la ejecución del acto administrativo pueda conducir al acaecimiento de daños más graves e irreparables. Si las consecuencias son graves e irreparables, sólo un importantísimo interés público puede justificar la ejecución inmediata*”. Apud Th. WÜRTENBERGER, cit., p. 236.

tanto en el supuesto de adopción como de denegación de la medida cautelar, y tanto si la resolución final resulta favorable a la pretensión del recurrente o contraria a la misma. Sin embargo, el Tribunal aplica sólo formalmente el método de la ponderación de intereses, realizando alusiones genéricas y sin entrar a fondo en el análisis de los posibles perjuicios o consecuencias en el sentido indicado por CZERMAK, ratificando de este modo la neutralidad del procedimiento y su alejamiento del principio de accesoriadad.

La especificación concreta del contenido del método no se produce hasta la adopción de una resolución relativa al análisis de constitucionalidad de una norma.¹²²⁷ Entiende el Tribunal que en la adopción de la medida cautelar, en principio, no han de influir las razones a favor y en contra de dicha constitucionalidad, pero el propio Tribunal excepciona algunos casos en los que este elemento tendrá relevancia de cara a la resolución cautelar. Se trata de los supuestos de inadmisibilidad o de manifiesta no fundamentación del recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), así como el supuesto de manifiesta inconstitucionalidad de la norma que determina la urgencia de la suspensión de la norma. El carácter “manifiesto” indica, en realidad, una apreciación de las perspectivas de éxito e insinúa la naturaleza de proceso sumario de la tutela cautelar en este contexto.

La fórmula concreta que, en relación con este método, hará fortuna y seguirá vigente en la jurisprudencia constitucional hasta la actualidad es la siguiente: “*en el juicio de ponderación se han de ponderar las consecuencias que acarrearía la no adopción de la medida cautelar y las medidas impugnadas que se declaren inconstitucionales en el proceso posterior, de un lado, y los perjuicios que surgirían si la aplicación de la medida impugnada se suspende provisionalmente*”.¹²²⁸ Una vez más se aprecia cómo la ponderación no es sino un mecanismo para armonizar los intereses en conflicto, intereses que se manifiestan en el

¹²²⁷ Sobre esta cuestión véase J. BERKEMANN, *Das verdeckte...*, cit., p. 165.

¹²²⁸ Se trata de una jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal. La semejanza con la fórmula elaborada por el Tribunal Constitucional español es palmaria.

contexto del *forum* y el *periculum*, razón por la cual la remisión a los capítulos anteriores resulta inevitable.

El método de ponderación de intereses elaborado por el *Bundesverfassungsgericht* no ha estado exento de críticas, en especial – como ocurre con la ponderación realizada en la jurisdicción ordinaria – en lo concerniente a su putativa neutralidad, aspecto en el que el Tribunal ha insistido desde la primera adopción de una orden provisional. La doctrina, sin embargo, ha afirmado que esta fórmula esconde, en realidad, un proceso sumario de resolución definitiva de las pretensiones,¹²²⁹ cuyo fundamento último podría encontrarse, incluso, en el propio Derecho positivo. Si bien es cierto que el modelo del art. 32 BVerfGG es el Derecho Procesal Civil, la terminología del Código de Procedimiento Civil para referirse a las medidas que pueden ser adoptadas (regulación/*Regelung*) y de la Ley Reguladora del Tribunal Constitucional (regla/*Regeln*) difieren. Mientras que en el primer caso la expresión parece referirse a un instrumento técnico meramente procedimental que determina cuál ha de ser el comportamiento del juez en un determinado aspecto, en el segundo se apela a un valor, inserto en la propia norma, la regla, y su contenido resulta necesariamente más amplio. Entiendo que ello significa, probablemente, que el juez constitucional posee un ámbito de actuación también más amplio que el juez ordinario y el legislador lo ha querido reflejar en la diferenciación realizada en la norma aplicable al caso. Prueba de ello es la libertad de elección de que goza el Tribunal Constitucional Federal a la hora de emplear el método del proceso sumario o de la orden de regulación expuestos anteriormente.

Dicho lo anterior, se ha de señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en materia de medidas cautelares ha variado en diversas ocasiones desde las primeras sentencias, mostrando diferentes aproximaciones a la

¹²²⁹ Cfr. J. BERKEMANN, *Das verdeckte...*, cit, p. 162. Este autor pretende demostrar, mediante la exposición de la práctica, la inexactitud de la máxima pronunciada por el BVerfG en su sentencia 15, 219, según la cual, “la orden provisional no permite adoptar resoluciones definitivas con respecto a la decisión en el proceso principal, y mucho menos prejuzga esta decisión”.

relación entre el Derecho procesal y material en este contexto. A juicio de BERKEMANN, quien acompaña sus reflexiones de una estadística que muestra que sólo en el 8% de los casos la decisión de fondo no coincidió con la resolución provisional que había sido tomada en un estadio previo del proceso, no es cierto que el juez cautelar no prejuzgue el fondo del asunto. Es más, el proceso cautelar le sirve de instrumento para preparar el juicio de fondo y, en su caso, evitarlo, dado que la parte perdedora en sede cautelar puede comprender que en la sentencia final la suerte no será diferente.¹²³⁰

Este modelo desarrollado por el Tribunal Constitucional y que se vincula a la tutela judicial efectiva ha tratado de imponerlo el alto órgano alemán a la jurisdicción ordinaria y, en concreto, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello ha sido criticado por la doctrina, quien ha indicado que se ha de garantizar un ámbito privativo de la jurisdicción ordinaria y que los procedimientos constitucional y ordinario se rigen por normas diferentes y comportan un desarrollo asimismo diferente.¹²³¹ No obstante lo anterior, parece coherente que, en la medida en que este instituto procesal se encuentra vinculado con el derecho a una tutela judicial efectiva se exija una cierta homogeneización de su contenido. En este sentido resulta de interés el art. 82.4 de la ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal, según el cual

“El Tribunal Constitucional Federal puede solicitar información a los Tribunales Supremos de la Federación o a los Tribunales Supremos de los Länder sobre la forma y la razón de la interpretación de la Ley Fundamental en un determinado caso, o sobre la aplicación en su jurisprudencia de la norma impugnada, así como sobre las cuestiones jurídicas a ella vinculadas que pudieran tener relevancia para la decisión. El Tribunal Constitucional ha de informar de su toma de posición a los autorizados a manifestarse”.

¹²³⁰ J. BERKEMANN, *Das “verdeckte” ...*, cit., p. 171.

¹²³¹ V. capítulo 4. Véase con carácter general M. JESTAEDT, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, DVBl 2001, pp. 1309ss.

Así, del tenor de dicho artículo se deduce el celo del legislador alemán por garantizar un núcleo uniforme en lo que a la aplicación de los derechos fundamentales se refiere, celo que ha de considerarse extendido a los cimientos de las medidas cautelares.

d.- El Derecho comunitario

El Derecho comunitario, al igual que el Derecho francés, no recoge la noción de ponderación de intereses en el Derecho positivo. Sin embargo, como en otros ordenamientos, este concepto ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial. En concreto, es una elaboración del Tribunal de Justicia, primero, y del Tribunal de Primera Instancia, más tarde, en aplicación, entiende un sector de la doctrina, del principio de proporcionalidad.¹²³²

Este criterio, sin embargo, no se encuentra claramente delimitado. En ocasiones el juez cautelar acude a él a mayor abundamiento de la decisión, a modo de tradicional *obiter dicta*, una vez constatado el carácter de la urgencia. En otros supuestos, empero, parece constituir un criterio autónomo. Esta circunstancia se da cuando la decisión puede afectar a intereses de terceros: el juez valora todas las posibilidades para encontrar la solución más adecuada, que menoscabe en menor medida los mencionados intereses.¹²³³ Al contrario que en el supuesto anterior, si aun existiendo urgencia no se encuentra el equilibrio, la medida no se adopta, lo que deja patente su carácter determinante en la decisión. La impronta del Tribunal de Primera Instancia es importante, toda vez que los ámbitos materiales en que más nítidos aparecen los

¹²³² B. PASTOR BORGONON/ E. VAN GINDERACHTER, *El Procedimiento de Medidas Cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1993, pp. 114ss. Los autores sostienen que las fuentes de inspiración en este aspecto fueron para el Tribunal de Justicia la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia y de los órganos jurisdiccionales británicos.

¹²³³ B. PASTOR BORGONON/E. VAN GINDERACHTER cit., pp. 114ss.

perfiles del modo de llevar a cabo esta ponderación son el Derecho de la Competencia y el contencioso de la función pública, áreas ambas sujetas al monopolio del TPI.

Se ha de indicar que se trata de un elemento en cierta manera extraño para la doctrina comunitaria (reflejo probablemente del estado de cosas en los ordenamientos internos), en tanto no aparece como criterio autónomo en los primeros estudios sobre las medidas cautelares en el Derecho comunitario. Sin embargo, se percibe cómo penetra indefectiblemente en las explicaciones que los autores proponen de los criterios considerados tradicionales en el Derecho comunitario, esto es, la urgencia y el *fumus boni iuris*. Así, resulta curioso observar cómo en 1967 SLUSNY, para quien las condiciones de fondo que justifican la adopción de medidas cautelares son exclusivamente la urgencia y la necesidad, concluye sus reflexiones con la siguiente afirmación: "*Para terminar con este orden de ideas, se puede resumir la jurisprudencia en esta materia diciendo que el Tribunal tendrá en cuenta el conjunto (en cursiva en el original) de las circunstancias y los intereses en conflicto y buscará una solución práctica y razonable*".¹²³⁴ Parece deducirse de sus argumentos que la ponderación de intereses se ha realizado en la apreciación de cada uno de los criterios más arriba mencionados, la urgencia y la necesidad, valorando en cada caso las consecuencias que su apreciación produciría para cada uno de los intereses en conflicto. Se trata de un avance de la versión moderna de la ponderación.

Por su parte, VANDERSANDEN y BARAV, en 1977, no consideran que la ponderación de intereses haya de ser incluida entre las condiciones de fondo que justifican la medida cautelar. Sin embargo, en su explicación sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares frente a un reglamento, hacen referencia a la jurisprudencia del Tribunal que exige la toma en consideración del interés general y la incidencia de una eventual medida cautelar sobre la acción administrativa.¹²³⁵

¹²³⁴ M. SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, en *Revue belge de droit international*, 1967-1, pp. 127ss. [p. 146]. Se ha de destacar la semejanza de esta definición con la moderna fórmula francesa de la urgencia.

¹²³⁵ G. VANDERSANDEN/A. BARAV, *Contentieux Communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1977, p. 439.

Algunos años más tarde, en 1984, la ponderación de intereses ya es objeto de una explicación autónoma en LASOK¹²³⁶, quien desarrolla las sugerencias que plantea TEMPLE LANG en un artículo de 1981¹²³⁷. Puede resultar comprensible que sean dos autores que comparan el Derecho comunitario con el Derecho inglés, donde la ponderación de intereses es criterio determinante para la adopción o no de medidas cautelares, quienes inicien el tratamiento doctrinal de esta condición. Hasta entonces en el Derecho comunitario, reiterando, su uso no había estado acompañado de una reflexión académica.

Hoy en día la atención doctrinal hacia este criterio ha aumentado¹²³⁸, si bien no existen tratamientos en profundidad sobre su naturaleza, su contenido y su función exacta, así como sobre las influencias a que se ha visto sometido. Los autores ponen de manifiesto que se trata de un criterio aplicado en todo procedimiento cautelar, quizás no siempre explícitamente, pero subyacente en el razonamiento del juez. Para determinar cómo se realiza dicho razonamiento, resulta conveniente estudiar cuáles son la naturaleza, el contenido y la función a los que me he referido. A ello se refieren las líneas que siguen.

aa) Influencias recibidas

Los autores coinciden en señalar dos posibles modelos que habrían ejercido su influencia sobre el criterio de la ponderación de intereses tal y como ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia. Estos dos modelos son los correspondientes al

¹²³⁶ K.P.E. LASOK, *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, Butterworths, Londres, 1984. Existe una edición posterior, de 1994.

¹²³⁷ Cfr. J. TEMPLE LANG, *The powers of the Commission to order interim measures in competition cases*, CMLR 18 (1981), pp. 49-61.

¹²³⁸ Cfr. B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, cit., pp. 114-116; G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La tutela cautelar en el Derecho comunitario*, en G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS / D.J. LIÑÁN NOGUERAS (eds.), "El Derecho comunitario y su aplicación judicial", Civitas, Madrid, 1993, pp. 633ss. [pp. 641-642]. V. también M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 69-71.

Tribunal Internacional de Justicia y al sistema inglés de tutela cautelar. No se menciona el Derecho francés, si bien, tal y como se ha constatado, el contencioso-administrativo francés fue un modelo claro de control jurisdiccional en el proceso de elaboración de la normativa reguladora del Tribunal de Justicia.¹²³⁹

El carácter paradigmático del Tribunal Internacional de Justicia, plasmado en alguna resolución del mismo en que efectivamente se establece que los intereses de las partes han de ser tenidos en cuenta para la adopción de medidas cautelares¹²⁴⁰, no se restringe al ámbito específico de la tutela cautelar. Antes bien, se trataría de una influencia genérica del Tribunal de La Haya justificada por la característica común de ser Tribunales creados en el seno de una organización internacional. Es cierto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades se ha desarrollado de forma atípica teniendo en cuenta que se trata de un órgano jurisdiccional internacional. Sin embargo, parece lógico que en el origen se siguiera un referente internacional, aun cuando la evolución posterior fuera autónoma.

Por su parte, también el sistema inglés de tutela cautelar ha sido señalado por los autores como referente para el Tribunal de Justicia¹²⁴¹. En el Derecho inglés las medidas cautelares se adoptan siguiendo el tenor de la decisión de la Cámara de los Lores en el caso *American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd.*¹²⁴² Este caso, que resuelve un conflicto entre particulares, se extiende posteriormente a los procesos entre la Administración y los administrados.¹²⁴³ Los criterios para la adopción de medidas

¹²³⁹ Cfr. J.A. CARRILLO SALCEDO, *La recepción del recurso contencioso-administrativo en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, Instituto García Oviado, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1958.

¹²⁴⁰ M. SLUSNY, cit., p. 147, en nota nº 72 recoge un auto del T.I.J., asunto *Anglo-inani*, en que el Tribunal indica cómo los intereses de ambas partes han de ser tenidos en consideración.

¹²⁴¹ Cfr. K.P.E. LASOK, cit., p. 168.

¹²⁴² [1975] 1 All ER 504. A este asunto me referí por extenso en el capítulo 8.

¹²⁴³ Como es sabido, en el Derecho inglés la Cámara de los Lores, además de sus funciones representativas, es Sala de Apelación en materia civil y penal de todos los Tribunales del Reino Unido.

cautelares según esta jurisprudencia son dos: en primer lugar, ha de existir una demanda no *frívola* o *vejatoria*. Con este enunciado lo que se exige es que exista una cuestión seria que someter a juicio y con él se ha dulcificado el contenido del *fumus*, sustituyendo la regla que exigía para la suspensión del juicio la demostración *prima facie*, por parte del demandante, de las posibilidades de éxito de la demanda.¹²⁴⁴ En segundo lugar, habiendo comprobado que existe una cuestión seria que debatir en juicio, el juez ha de proceder a la ponderación de intereses entre las partes. En concreto, el juez debe comparar las consecuencias que acarrea al demandante la no adopción de medidas cautelares y aquellas que sufre el demandado si dichas medidas se adoptan. Pueden también tenerse en consideración otros elementos, como es el retraso del demandante en la interposición de la demanda de tutela cautelar, criterio que el Tribunal de Justicia ya ha empleado en alguna ocasión en la apreciación de la urgencia.¹²⁴⁵

En el reiteradamente citado asunto *Factortame* ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades, la Comisión propuso la aplicación explícita de la jurisprudencia *American Cyanamid*, basando su argumentación en el hecho de que se trataba de un caso ante un Tribunal inglés y que, en consecuencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades debería obligar a dicho órgano judicial a aplicar las normas procesales nacionales.¹²⁴⁶ La Comisión proponía, de acuerdo con la normativa inglesa, que la ponderación de intereses se realizara atendiendo a la urgencia, al riesgo de perjuicio irreparable y a la

En este país el contencioso-administrativo (*judicial review*) no se sustancia ante órganos jurisdiccionales especializados. Ello justifica la extensión subjetiva de los efectos de esta resolución.

¹²⁴⁴ Cfr. C.M.G. HIMSWORTH, *La tutela cautelar en los procedimientos de judicial review en el Reino Unido*, en J. BARNÉS (coord.), "La justicia administrativa en el Derecho Comparado", Civitas, Madrid, 1993, pp. 531ss. Se ha de señalar en este punto el problema atinente al eventual solapamiento entre el examen de admisibilidad de la demanda y el análisis del *fumus*.

¹²⁴⁵ Auto de 21 de diciembre de 1976, as. 61/76 R, *Geist c. Comisión*, Rec. 1976, pp. 2075ss.

¹²⁴⁶ El problema en el caso concreto era que el régimen de tutela cautelar tenía, hasta la irrupción del caso *Factortame*, una excepción en el Derecho inglés, a saber las medidas cautelares contra la Corona (o Administración, en términos continentales), que no se admitían.

posible mella en el interés público.¹²⁴⁷ El Abogado General TESAURO y el propio Tribunal rechazaron la imposición de un modelo de estas características, sobre la base del principio de autonomía procedimental de los Estados Miembros. Sin embargo, como recuerda el Abogado General, las medidas cautelares no dejan mucho espacio a la imaginación y ello explica que tanto en Derecho inglés como en otros ordenamientos existan unos criterios derivados de la teoría legal y el Derecho positivo que se corresponden con los tradicionales *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, “además de la tradicional y necesaria ponderación de intereses de las partes, y considerando expresamente el interés público”.¹²⁴⁸

bb) Naturaleza

La ponderación de intereses en el Derecho comunitario, al igual que sucede en otros ordenamientos, presenta una doble naturaleza en lo que a su tratamiento normativo, jurisprudencia y doctrinal se refiere. Así, en primer lugar, alude a una condición de fondo para la adopción de medidas cautelares, esto es, a una suerte de tercer elemento a tener en cuenta tras el análisis de la urgencia y del *fumus*.¹²⁴⁹ Su virtualidad sería casi omnipotente, entra en juego donde la urgencia y el *fumus* han dejado de actuar y tiene la última palabra.

En segundo lugar, como proponía la Comisión en las alegaciones previamente expuestas, la ponderación de intereses implica tener en cuenta la urgencia, el perjuicio irreparable y el interés público. Dominaría el resto de criterios, mediante una evaluación y comparación de situaciones, perjuicios, apariencias de buen Derecho. En este sentido,

¹²⁴⁷ La alusión a la urgencia y al *periculum in mora* ha de entenderse en el sentido desarrollado en el capítulo 7. En dicho capítulo se explicó cómo la doctrina comunitaria hasta fechas recientes distinguía entre una urgencia de carácter genérico y un *periculum* más concreto. En la presente argumentación de la Comisión ambas concepciones aparecen unidas.

¹²⁴⁸ Opinión del Abogado General TESAURO en el caso *Factortame*, Rec. I-2464, pto. 33.

¹²⁴⁹ Este es el sentido, por ejemplo, de TESAURO, al referirse a la teoría general de las medidas cautelares, tal y como indicaba unas líneas más arriba.

también en el Derecho comunitario la ponderación habría de ser considerada no ya como una condición de fondo en la adopción de medidas cautelares, sino como un método. En 1984 LASOK se lamentaba de no poder hablar todavía de la ponderación de intereses como auténtico método. Ponía de manifiesto cómo habían existido algunos intentos jurisprudenciales de configurarlo como tal y reconocía que había indicios que parecían señalar que pronto se daría un cambio al respecto. Pero, entendía, tal cambio todavía no se había producido.¹²⁵⁰ Más adelante, en 1993, el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades, Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, no encontró reparos en denominarlo método y en afirmar su aplicación en todos los procedimientos de medidas cautelares ante el Tribunal, de forma explícita o implícita.¹²⁵¹ Por la plasticidad de sus explicaciones me ha parecido oportuno incorporarlas en el presente apartado:

“El enunciado y la disección de las distintas condiciones mencionadas puede ocultar, sin embargo, lo que me parece constituir en definitiva el criterio esencial en materia de tutela cautelar, criterio que, a mi juicio, no es otro que la apreciación de la necesidad de medidas provisionales en orden a asegurar la eficacia de la resolución que finalmente se adopte sobre el fondo del litigio.

Semejante apreciación exige tomar en consideración y valorar el conjunto de las circunstancias y ponderar los distintos y contrapuestos intereses en presencia. Esta ponderación de intereses, que no siempre se realiza de modo explícito, está, a mi juicio, necesariamente subyacente en toda resolución sobre medidas provisionales. Es al efectuar esa ponderación cuando el juez tiene en cuenta, por una parte, el sentido probable de la resolución final sobre el fondo - o bien la incertidumbre de dicha solución - y, por otra parte y sobre todo, las consecuencias que la concesión o la denegación de las medidas provisionales tendrán en relación con la eficacia de la resolución final sobre el fondo del litigio.

Esta concepción - o, más exactamente, este método - se encuentra reflejado de forma expresa en un auto de 11 de mayo de 1989 que

¹²⁵⁰ K.P.E. LASOK cit., p. 170.

¹²⁵¹ G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, cit., pp. 641-642.

*suspendió parcialmente la ejecución de una decisión de la Comisión basada en el art. 86 del Tratado*¹²⁵²

Así, en Derecho comunitario, la ponderación de intereses también es un método de argumentación que no ha de ser confundido con las condiciones materiales de adopción. La urgencia y el *fumus*, como se vio más arriba, son características esenciales de las medidas cautelares que derivan de su naturaleza y que no pueden por tanto ser desvinculadas de la misma.

cc) Consideraciones prácticas

Entre las consideraciones prácticas que se deducen del empleo de la ponderación de intereses como método destaca la cuestión relativa a la identificación de los intereses que hayan de ser objeto de dicha ponderación. En el reconocimiento de los intereses privados desempeña un papel importante la legitimación en el proceso principal¹²⁵³, dado que sólo aquellos cuyo acceso al TJ y al TPI esté previsto en la normativa serán susceptibles, en principio, de ser tomados en consideración en este foro de debate. En cuanto al interés público nacional, atendiendo a las normas de legitimación, viene determinado por la postura del Estado Miembro en cuestión. Si el Estado decide no intervenir en la defensa de un determinado sector económico y son los representantes de dicho sector o las regiones quienes interponen recurso (en este caso ante el TPI), aun cuando el conflicto siga siendo el mismo, no se considera que representen un interés nacional, sino inferior, con las consiguientes repercusiones en la eventual ponderación.

¹²⁵² El auto al que se refiere el juez español es el auto *Radio Telefs Eireann y otros c. Comisión*, as.ac. 76, 77 y 91/89 R, Rec. 1989, p. 1141.

¹²⁵³ Las críticas a los límites a la legitimación ante los órganos jurisdiccionales comunitarios han surgido de nuevo a raíz de la sentencia UPA del Tribunal de Justicia, en la que este Tribunal cerró las puertas a una línea jurisprudencial aperturista del Tribunal de Primera Instancia: Sentencia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo de la Unión Europea*, as. C-50/00 P. Al respecto v. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *La Sentencia UPA (C-50/2000), los particulares y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia*, Revista Española de Derecho Europeo, 3 (2002), pp. 531ss.

La identificación del interés comunitario resulta en ocasiones compleja, especialmente si se piensa que las instituciones comunitarias en ocasiones defienden posturas diferentes. Probablemente, el caso más claro sea el Derecho de la Competencia, en el que la Comisión ejecuta directamente las normas y, por esta razón, ella es quien representa el interés público comunitario.¹²⁵⁴ En el asunto *Kniger*¹²⁵⁵, respondiendo a una cuestión prejudicial del Tribunal Financiero¹²⁵⁶ de Hamburgo, y aludiendo a las alegaciones de la Comisión exigiendo ser escuchada en el proceso ante el órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal de Justicia estableció que en este aspecto cada Estado ha de aplicar sus propias normas procesales para lograr información útil sobre el interés comunitario en causa.¹²⁵⁷ Este asunto muestra cómo no existe una fórmula única de determinación del interés comunitario. Quizás una buena indicación de cuál sea ese interés en cada caso venga dado por las conclusiones del Abogado General, cuya función es precisamente clarificar el estado de cosas para permitir al Tribunal dictar sentencia. Sin embargo, en los procedimientos de medidas cautelares, su actuación es restringida y hasta hace poco tiempo absolutamente inexistente ante el Tribunal de Primera Instancia.¹²⁵⁸ Esto supone que habrá que considerar su postura respecto a cuestiones comparables en los procedimientos en los que sí actúa.

¹²⁵⁴ K.P.E LASOK, cit., p.170.

¹²⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 1997, *Kniger GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, as. C-334/95, Rec 1997, p. I-4517.

¹²⁵⁶ En Alemania las cuestiones financiero-tributarias se adjudican a unos Tribunales diferenciados de los Tribunales contencioso-administrativos. Sobre todos ellos se encuentra lo que en España podríamos considerar una suerte de Tribunal Supremo en cuestiones financieras, con sede en Munich.

¹²⁵⁷ Cfr. asunto *Kniger*, pár. 46.

¹²⁵⁸ Se ha de tener en cuenta la reforma de los Tratados y sus Protocolos operada por el Tratado de Niza, en vigor desde el 1 de febrero de 2003. El Protocolo relativo al Estatuto del Tribunal de Justicia, en su artículo 49, prevé la figura del Abogado General también para el Tribunal de Primera Instancia, si bien su perfil difiere de los Abogados Generales ante el Tribunal de Justicia. Así, los Abogados Generales del TPI son jueces pertenecientes al colegio que, en el caso concreto, son llamados a desempeñar dicha función.

En segundo lugar se ha de especificar en qué consiste exactamente este método, qué tipo de razonamiento emplea el juez, cómo realiza la valoración y qué pautas de aplicación general pueden extraerse de este comportamiento. SLUSNY considera que no existen fórmulas precisas en esta actividad, sino que se trata sencillamente de una reflexión personal del juez dotada de diferentes matices según el caso concreto.¹²⁵⁹ Entiendo que esta percepción ha de considerarse superada en función de la evolución del criterio de la ponderación. LASOK propone el empleo del principio de proporcionalidad, existente en Derecho comunitario y también en algunos Estados Miembros.¹²⁶⁰ En este sentido, el juez ha de adoptar una resolución que permita que, sea cual sea el resultado final del juicio, ninguna de las partes se vea excesivamente perjudicada por la decisión adoptada de modo provisional. Si bien es una primera aproximación a lo que podría ser el método de la ponderación de intereses, resulta todavía insatisfactorio con respecto a la seguridad jurídica, dado que no se dispone *a priori* de los criterios que el juez utilizará en su razonamiento.

B.- A modo de conclusión: el procedimiento de la ponderación

En las líneas que preceden se ha expuesto el surgimiento y la evolución de un criterio, la ponderación de intereses, que se ha erigido hoy en eje de la tutela cautelar contencioso-administrativa. La ponderación de intereses es, tal y como se deduce de todos los ordenamientos, un mandato dirigido al juez para la resolución de un determinado conflicto de carácter indeterminado, por cuanto es una resolución provisional que permanece vigente durante un tiempo concreto y desaparece en todo caso una vez pronunciada la sentencia de fondo.

¹²⁵⁹ Cfr. M. SLUSNY, cit., p. 141. El autor lo compara con la actividad del Consejo de Estado francés que, afirma, actúa según fórmulas consagradas y de carácter estereotipado.

¹²⁶⁰ Cfr. K.P.E LASOK, cit., pp. 169ss.

La ponderación es, como decía, un mecanismo de argumentación, de evaluación del peso de unos determinados intereses, intereses que en el marco de la tutela cautelar vienen determinados por la urgencia y el *fumus boni iuris*. Por ello, el contenido concreto de este elemento se encuentra en la jurisprudencia que desarrolla ambos conceptos y que se ha presentado en los capítulos anteriores. La ponderación implica, en primer lugar, integrar el *periculum in mora* y confrontar el riesgo que conlleva la adopción de la medida cautelar o, en su caso, la no adopción de la misma, para todos los intereses implicados. Dicha valoración, además, ha de venir acompañada de la toma en consideración del *fumus boni iuris*, de manera que sólo las situaciones jurídicas *prima facie* susceptibles de ser protegidas puedan tener cabida en el discurso del juez cautelar. En fin, los intereses que se aleguen en el pleito han de ser concretos y no es válida la alusión genérica a los mismos como justificación del *periculum* que comporta la mora procesal, tal y como realiza, a título de ejemplo, el Tribunal Supremo en su auto de 13 de mayo de 1991.¹²⁶¹

II.- LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN EL CONTEXTO DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO CARACTERIZADO POR UNA PLURALIDAD CRECIENTE DE INTERESES EN JUEGO

En la primera parte del presente capítulo se ha desarrollado la que constituye una de las manifestaciones de la ponderación de intereses, la que vincula esta expresión a un tipo de argumentación empleada en el ámbito de los derechos fundamentales, pero cuya virtualidad se extiende a otros contextos. La alusión a una ponderación de intereses en Derecho, y en particular en el Derecho Administrativo, no es nueva, pero sí lo es la interpretación que a la misma se ha dado desde la teoría general del Derecho en el sentido indicado.

¹²⁶¹ Ar. 1991/4254.

Pero la ponderación de intereses también pone de manifiesto otras cuestiones. Así, como ya avancé, la alusión a una pluralidad de intereses indica la mutación del propio concepto de Derecho Administrativo y, con él, del proceso contencioso-administrativo, que se constituye de esta forma en un foro de debate de dichos intereses para tratar de encontrar la solución más acorde a todos ellos. Entre las características del moderno concepto de Derecho Administrativo ha de destacarse, a efectos del presente trabajo, la existencia de una pluralidad de intereses públicos yuxtapuestos, que en ocasiones se encuentran en situación de concurrencia. En este contexto teórico se han de entender las alusiones al interés público que se encuentran en los autos de medidas cautelares.¹²⁶²

Por esta razón, la comprensión de la ponderación de intereses exclusivamente como cláusula de salvaguarda del interés público, como última palabra una vez realizada la ponderación *stricto sensu*, encuentra su origen en una determinada concepción del Derecho Administrativo y ha de considerarse abandonada, a pesar de que en ocasiones continúa siendo aplicada por los jueces. Lo contrario significaría dar dos oportunidades a un determinado interés público en el debate procesal, en detrimento de otros intereses que pudieran verse asimismo afectados por el pleito.

Isabel FONSECA se hace eco de estas diversas variantes de la ponderación de intereses.¹²⁶³ Así, la autora se refiere a la ponderación de intereses como “condición cumulativa” en el juicio cautelar, esto es, como criterio vinculado al concepto de interés público, que operaría a favor de éste tras el análisis de los criterios del *periculum* y del *forum*. Se trata, por tanto, de la concepción tradicional de la ponderación de intereses, que hoy ha de entenderse caduca, como decía, en el contexto del Estado Social y de la pluralidad de intereses que tienen cabida en el mismo. La segunda de las acepciones la vincula la profesora portuguesa a un análisis más profundo de la cognición, sumaria, del

¹²⁶² Este es el punto de partida de una monografía sobre la materia: F.J. RODRÍGUEZ PONTÓN, cit.

¹²⁶³ Cfr. I.C.M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 111ss.

juicio cautelar. Este tipo de análisis es el que se correspondería, entiendo, con la ponderación concebida en su sentido “moderno”, derivada por tanto de la peculiar estructura de las normas que han de aplicarse en este tipo de juicios. No considero acertada, sin embargo, la denominación que la autora otorga al primer tipo de ponderación: la ponderación vinculada al interés público, que relaciona con la técnica del “balance de intereses” (en conexión, por tanto, con la técnica inglesa del *balance of convenience*). Esta técnica conecta con la ponderación de intereses vinculada al tipo de argumentación requerida por las normas abiertas.¹²⁶⁴

De las consideraciones anteriores se deduce la estructura de esta segunda parte del capítulo. Así, en primer lugar se pasa revista a la nueva concepción del Derecho Administrativo que sirve de contexto al tratamiento de los intereses en la tutela cautelar. A continuación, se presenta el concepto del interés público y su aplicación en el proceso cautelar, remitiendo en buen número de ocasiones a los capítulos 7 y 8, para conocer la aplicación concreta de este concepto, dado que el interés público relevante a estos efectos es aquel que se manifiesta en el *periculum in mora* y en el *furus boni iuris*.

1.- Presupuestos teóricos

La ponderación de intereses responde, entre otras cuestiones, a una redefinición del Derecho Administrativo, a un “redescubrimiento” del clásico binomio poder-libertad que ha presidido esta rama del Derecho desde su creación. La diferencia radicaría en el cambio de actitud respecto al modo de considerar dicho binomio, que se aprecia en la puesta en práctica del criterio que se presenta aquí.¹²⁶⁵ Tal y como indica

¹²⁶⁴ Al respecto me remito a lo expuesto más arriba sobre la jurisprudencia *American Cyanamid* desarrollada por la Cámara de los Lores y probablemente fuente de inspiración del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el desarrollo de su propia ponderación de intereses.

¹²⁶⁵ Cfr. A. NIETO, *La vocación...*, cit. Recientemente, sobre la necesidad de encontrar un equilibrio entre la sociedad y el Estado en el nuevo contexto en el que se desarrolla el Derecho Administrativo, v.

NIETO, se trataría de una vuelta a los orígenes de la disciplina, que durante largo tiempo se ha visto presidida por un enfoque liberal - justificado, entiendo, por el contexto político y social - que ha impedido el desarrollo de la vertiente colectiva de este Derecho. Durante un tiempo esta vertiente colectiva se identificó con un ideal fascista, pero el actual contexto del Estado Social de Derecho exige que se insista en dicho elemento colectivo, articulando técnicas que permitan la entrada y participación de los intereses colectivos en el proceso de producción y aplicación del Derecho. Los orígenes de esta interpretación liberal del Derecho los encuentra NIETO en el reconocimiento procesal de una serie de privilegios a la burguesía para, de esta manera, acallar los posibles conflictos que pudieran surgir con la clase dominante. La posterior evolución del Derecho, una vez la burguesía en el poder, no hizo, según este autor, sino consolidar esta situación privilegiada.

Tradicionalmente, el conflicto entre el poder y la libertad se ha solucionado directamente y *a priori* por el propio ordenamiento jurídico. Ello ha generado dos modelos clásicos de control jurisdiccional de las Administraciones Públicas, uno objetivo y otro subjetivo, que han puesto el acento en el interés general entendido como respeto de la legalidad o como defensa de los derechos subjetivos, respectivamente. Sin embargo, desde hace algunos años se viene observando cómo estos modelos se han ido contaminando entre sí (no en pequeña medida por la influencia del Derecho comunitario), creando híbridos que no responden estrictamente a una u otra categoría.¹²⁶⁶ En este contexto surge la ponderación de intereses como

L. MARTÍN REBOLLO, *Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)*, en el Libro Homenaje a D. Sebastián Martín-Retortillo, Cívitas, Madrid, 2003, pp.611ss.

¹²⁶⁶ La doctrina francesa se ha ocupado por extenso de esta cuestión, y en sus contribuciones se aprecia una cierta preocupación por la pureza de su modelo, que en su día fue exportado a otros ordenamientos jurídicos, ordenamientos que hoy, a su vez, influyen y modifican el Derecho francés. Sobre este fenómeno de hibridación véase el interesante trabajo de M. FROMONT, *La justice administrative en Europe. Convergences*, en "Mélanges Chapus", Montchrestien, París, 1992, pp. 197ss. Del mismo autor v. *La justice administrative française se rapproche de la justice administrative allemande*, en "Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz", C.H. Beck, Munich, 2000, pp. 173ss. En lo referente a la exportación del Derecho Administrativo francés y a las diferentes formas de acogimiento del mismo, v. Y. GAUDEMET, *L'exportation du droit administratif français. Breves remarques en forme de paradoxe*, en "Mélanges Philippe Ardant", LGDJ, París, 1999, pp. 431ss. Y, al contrario, sobre las modificaciones

criterio de solución de conflictos jurídicos en el seno del Derecho Administrativo. El equilibrio entre el poder y la libertad, y entre sus diversas manifestaciones, no aparece definido de antemano con carácter general, sino que en buena parte de los casos su determinación, en función de las características de cada caso concreto y de la legislación especial, se deja en manos del juez.

En relación con lo anterior, fundamentalmente desde los años 70 del s. XX, se viene insistiendo en la existencia de un Derecho Administrativo “nuevo”, cuya característica principal sería el constituir el reflejo de una sociedad más compleja que aquella en la que surge, en el s. XIX, esta rama del conocimiento jurídico. Ello se manifiesta en la existencia, hasta entonces quizás jurídicamente irrevelante, de una pluralidad de intereses que el ordenamiento ha de considerar. La referencia temporal, los años 70, entiendo se justifica por la existencia de diversas contribuciones doctrinales precursoras o directamente relacionadas con la identificación de una pluralidad de intereses relevantes para el Derecho Administrativo. Con carácter más específico, también J.-B. AUBY alude a la década de los 70 como momento en el que el Derecho Administrativo francés se ve inmerso en una serie de fenómenos que “le hacen sentir el movimiento de lógicas nuevas”. Entre los elementos que determinarían la “nueva lógica” del Derecho Administrativo francés se encuentra, junto a la globalización y el proceso de descentralización del poder, el de “desestatalización” de la sociedad.¹²⁶⁷

sufridas en el Derecho francés, v. J.-B. AUBY, *La bataille...*, cit. En alusión a las consecuencias procesales de este fenómeno, cfr. P. TERNEYRE, *L'émergence d'un recours contentieux du troisième type*, ADL, 1992, pp. 82ss. En fin, sobre la evolución del Derecho Administrativo en Francia hacia otro modelo, en concreto uno de tipo sueco, v. J. ZILLER, *Procedimento amministrativo in Francia: fra semplificazione e partecipazione*, en M.A. SANDULLI (Coord.), “Il procedimento amministrativo in Europa. Atti del Convegno di Milano”, Giuffrè, Milán, 2000, pp. 79ss. Otras referencias sobre la convergencia de las justicias administrativas en Europa se encuentran en otros apartados del aparato bibliográfico del presente trabajo. A ellas nos remitimos. En España, también sobre esta hibridación, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XXI. Una visión histórica y comparatista*, RAP 152 (2000), pp. 93ss. Estas reflexiones pueden considerarse continuación de otras anteriores plasmadas en su libro *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989. Es curioso observar cómo en Alemania no existe una preocupación equiparable sobre esta cuestión.

¹²⁶⁷ Cfr. J.-B. AUBY, *La bataille...*, cit., p. 912.

En los años 70, por lo tanto, una serie de autores que escriben refiriéndose a ordenamientos jurídicos diversos, aluden a lo que se ha denominado la “heterogeneidad de los intereses públicos”, para indicar la complejidad de la esfera de lo público. Ello se manifiesta en múltiples aspectos: en la organización – dado que no sólo quien tradicionalmente ha ejercido el poder se considera que representa los intereses públicos –, en el procedimiento – porque se tiene que dar cabida a la pluralidad de voces que defienden dichos intereses – o, por terminar esta relación incompleta, en el proceso jurisdiccional.

A.- La heterogeneidad de los intereses públicos

La teoría de la heterogeneidad de los intereses públicos ha sido objeto de desarrollo por diversos autores, pero probablemente no resulte errado referirse a las obras de GIANNINI y de HÄBERLE como los compendios más exhaustivos y sistemáticos de la materia.¹²⁶⁸ Ambos publican por vez primera sus teorías en 1970 y, si a GIANNINI le interesa fundamentalmente la cuestión general que vincula la teoría del Derecho y de la organización al concepto de interés, a HÄBERLE le preocupa determinar en concreto qué haya de entenderse por interés público, cuáles son los mecanismos para su identificación y cuál es su tratamiento en la jurisprudencia. Así, el autor alemán analiza las diferentes manifestaciones del interés público en la legislación y la jurisprudencia, presentando los diversos actores que contribuyen a su delimitación, el proceso de determinación del bien común y los ámbitos en los que con mayor frecuencia aparece el concepto (estado de necesidad, situaciones de especial urgencia y exigencias de control y vigilancia, entre otros). También en España Alejandro NIETO ha dedicado atención a esta cuestión, proponiendo una revalorización de los

¹²⁶⁸ Una visión sistemática de esta idea, presente en toda la obra de GIANNINI, se encuentra en su manual, *Diritto Amministrativo*, cit., así como en sus dos libros, también citados, *Istituzioni...* y *Il pubblico potere...*. Las ideas de este P. HÄBERLE sobre esta cuestión se plasman fundamentalmente en su obra *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Bad Homburg, Athenäum Verlag, 1970.

denominados intereses colectivos, y retornando con ello a las raíces del Derecho Administrativo,¹²⁶⁹ lo que le ha permitido realizar una lectura del texto constitucional de 1978 de la mano de la teoría de la pluralidad de intereses públicos.¹²⁷⁰

GIANNINI presenta su teoría sobre la heterogeneidad de los intereses públicos, como decía, en el contexto de su doctrina sobre la organización administrativa, aludiendo a las mutaciones sufridas en el mundo del Derecho por el surgimiento de la sociedad de clases. Hasta ese momento, el interés público era definido por el rey o por la oligarquía gobernante y se oponía radicalmente a los intereses privados, impidiendo en la práctica la coincidencia de uno y otros. Con la Revolución Industrial surgen diversos grupos sociales, las clases, que no se corresponden con la división tradicional de la sociedad y que representan unos intereses hasta entonces también desconocidos, pero que sin embargo pretenden influir en el proceso político y requieren una consideración independiente. Con el surgimiento del Estado de clases, por tanto, surgen unos nuevos intereses, que GIANNINI continúa llamando “públicos”, pero a los que otros autores prefieren atribuir otra denominación: intereses colectivos.¹²⁷¹

Una de las características de estos intereses, y que justifica su tratamiento dogmático por GIANNINI en el momento en que lo hace, es el hecho de que estos intereses (privados, en principio) comienzan a ser representados de forma organizada y, para ello, se crean unos entes, distintos de los entes territoriales, a los que GIANNINI denominará “centros de referencia” (*centri di riferimento*). Con todo esto, el panorama de los intereses públicos resulta más que complejo, la heterogeneidad de los intereses públicos es equiparable a la de los intereses privados y los problemas en lo que a la concurrencia de intereses se refiere son evidentes. Más adelante la situación descrita por GIANNINI se complicará en mayor medida, dado que este tipo de intereses públicos

¹²⁶⁹ A. NIETO, *La vocación...*, cit.

¹²⁷⁰ Cfr. *La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, en “Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría”, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185ss.

¹²⁷¹ Cfr. A. NIETO. Me remito a las referencias ya citadas.

dejarán de estar referidos a un ente administrativo, para serlo a una estructura social de especial relevancia que es tenida en consideración en la esfera jurídico-pública. Me refiero en este punto a los intereses colectivos representados por determinadas asociaciones y, en particular, a las actuales organizaciones no gubernamentales, cuya presencia y relevancia en los procesos de creación y aplicación del Derecho es creciente.¹²⁷²

En ocasiones los intereses colectivos se consideran una categoría especial de interés privado, que afecta a una pluralidad de personas, pero que, ello no obstante, mantiene su naturaleza privada. En estos supuestos se plantea fundamentalmente el problema de la legitimación para participar en el proceso. En otros casos, siguiendo una tendencia más reciente, los intereses colectivos se consideran unos intereses públicos de naturaleza especial. Son públicos en la medida en que responden a bienes jurídicos que el Estado está llamado a proteger, pero tienen una naturaleza especial en función del centro de referencia que tienen atribuido o que les representa. A este tipo de intereses GIANNINI les denominó "intereses públicos sectoriales", indicando con esta expresión, precisamente, la dualidad de su naturaleza jurídica.

Este tipo de intereses públicos de naturaleza especial presentan una importancia singular en el contexto del Estado Social de Derecho, ámbito en el que surgen y cláusula que están llamados a desarrollar. En lo que a la tutela cautelar se refiere, mediante la consideración de estos intereses, el juez maximaliza dicha cláusula y contribuye, por tanto, a su consolidación.

En lo que respecta a HÄBERLE, este autor también da cuenta de la heterogeneidad de los intereses públicos, pero desde una perspectiva más concreta: la

¹²⁷² Un ejemplo de esta afirmación se encuentra en la importancia de las aportaciones de estos grupos en el proceso de gestación de textos como es el futuro tratado constitucional de la Unión Europea. Dichas aportaciones se recogen en el sitio internet sobre el debate en torno al futuro de la Unión: http://europa.eu.int/futurum/index_es.htm.

del proceso. El proceso en HÄBERLE es entendido no única y exclusivamente como proceso jurisdiccional, sino también como proceso de creación del Derecho, como foro de discusión de las diversas posturas, en aras a encontrar las soluciones adecuadas a todas las cuestiones jurídicas. El profesor de Bayreuth considera que este tipo de debates es necesario para el desarrollo del pluralismo¹²⁷³, término que alude, en la acepción que ahora interesa, a las esferas a las que se extiende el brazo de lo público (la economía, la ciencia o el arte), así como a los sujetos que, de forma organizada, participan en la determinación del contenido de la "res publica". HÄBERLE presenta este proceso como una lucha de intereses que pone de manifiesto una nueva relación entre lo público y privado, esferas que en ocasiones se confunden debido a la persecución de un objetivo común.

El complejo universo de intereses que preside hoy el Derecho, sin posibilidad de soluciones apriorísticas, es la cuestión puesta de manifiesto por el propio HÄBERLE en su trabajo de habilitación ya citado.¹²⁷⁴ En esta obra, HÄBERLE se refiere, en concreto, al dilema del Derecho Público, que viene definido por intereses contrapuestos, que han de ser oportunamente ponderados para obtener la solución correcta en cada caso concreto. Además, a estos intereses estrictamente públicos se unen otros, como decía, de naturaleza, en principio, privada, pero que entran en competencia, en lucha, con los intereses públicos *stricto sensu*.

B.- Precisiones conceptuales: interés público, interés general e interés colectivo

La heterogeneidad social de los intereses a la que me he referido en el epígrafe anterior ha ocasionado ciertas mutaciones en la traducción jurídica de las opciones

¹²⁷³ Sobre las diversas acepciones de "pluralismo" en este autor (fruto de la polisemia del término alemán "Öffentlichkeit"), me remito a mi comentario a la obra de HÄBERLE publicado con el título "Estado Constitucional, comunidad cultural y espacio público en Europa. Una aproximación al ensayo de Peter Häberle, "Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?"", REDC, n. 64 (2002), pp. 323ss.

¹²⁷⁴ *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung.*

políticas, constituyendo así el inicio de una consideración plural de los intereses públicos, tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el punto de vista objetivo.¹²⁷⁵ Como se ha señalado, desde el punto de vista subjetivo, el monopolio de la definición del concepto y el contenido del interés público deja de pertenecer a una persona, siendo imputable a diversos centros de referencia, adquiriendo en cada uno de ellos un significado particular. Los intereses públicos, con ello, se adjetivizan y, en una terminología actual, cabría hablar de intereses económicos, feministas o ecologistas. Su aplicación tiene lugar en contextos diversos y su valor puede variar en función del ámbito concreto en el que hayan de tenerse en consideración. Desde un punto de vista objetivo, que deriva a su vez de la concepción subjetiva, la pluralidad de intereses públicos remite a la pluralidad de funciones que el Derecho, en este caso el Administrativo, está llamado a desempeñar y que, en ocasiones no infrecuentes, se encuentran en contradicción entre sí. A ello responde la técnica de la ponderación de intereses como instrumento de argumentación.

Los conceptos de interés público e interés general se emplean como sinónimos en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, e indican la finalidad que ha de perseguir la acción pública para ser legítima. De dichos intereses se ha de diferenciar, pese a las semejanzas entre ambas categorías, el concepto de intereses colectivos, al que ya me he referido.

Desde un punto de vista instrumental, el interés público es la clave de bóveda de las grandes construcciones del Derecho Administrativo¹²⁷⁶ y, por esta misma razón, su

¹²⁷⁵ Sobre los diferentes significados, denominaciones, ámbitos de aplicación e ideologías del concepto de interés público o general, remito a un estudio del Consejo de Estado que trata con detalle y en profundidad esta cuestión. V. *L'intérêt général [Rapport public 1999]*, Études et documents, 50, La documentation française, París, 1999. Asimismo me remito, aunque se trata de una obra ya antigua, a D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, París, 1977.

¹²⁷⁶ Véase R. HADAS-LEBEL, *L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique*, en "L'intérêt général [Rapport public 1999]", cit. En otro orden de cosas F. GARRIDO, en su *Tratado de Derecho Administrativo* equipara el concepto de "servicio público" al de "interés público".

contenido puede pecar de imprecisión. Esta es la razón por la cual algunos autores han insistido en la creación de técnicas, o en la aplicación de las ya existentes, para controlar su correcta utilización y, con ello, evitar los abusos.¹²⁷⁷ Precisamente la obsesión por el control y la consciencia de la inasibilidad de este tipo de conceptos llevó al legislador español de 1956 a vincular el interés público con la discrecionalidad administrativa.¹²⁷⁸

2.- La regulación del interés público en la tutela cautelar

Las alusiones al interés público en la regulación de la tutela cautelar son frecuentes en todos los ordenamientos, si bien en ocasiones dichas referencias no se encuentran en las normas, sino en el desarrollo jurisprudencial de las mismas.

La Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa alude en su art. 130, apartado 2, a los intereses generales, para justificar la denegación de la medida cautelar solicitada, cuando el juez estime que su protección cautelar es superior a la protección que merecen otros intereses que puedan resultar afectados por el pleito. El apartado 2 del art. 130 es una concreción del apartado 1. Así, si en el apartado 1 se alude a una “valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”, el apartado 2 concreta en qué consiste dicha valoración circunstanciada, y especifica cuáles han de ser las características del interés preponderante a efectos de denegar la medida cautelar solicitada.

Más adelante, en el art. 136, que regula las medidas cautelares a adoptar en los supuestos de inactividad o vía de hecho, la remisión a los intereses generales o de tercero se realiza también en el contexto de la ponderación que se ha de realizar para

¹²⁷⁷ En este sentido cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, en REDA 89 (1996), hoy en su libro “Democracia, jueces y control de la Administración”, Civitas, Madrid, 4ªed.ampliada, 1998, pp. 217ss.

¹²⁷⁸ Cfr. especialmente F. SÁINZ MORENO, *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, REDA 8 (1976), pp. 63ss.

estimar, en su caso, que la adopción de la medida cautelar no resulta pertinente en el caso contrario.

Se ha de destacar, en otro orden de cosas, que tanto en el art. 130 como en el art. 136 no se habla de interés público, sino de intereses generales. El uso del plural, y la preferencia del adjetivo "generales" frente al de "público" indican esta complejidad de intereses que caracteriza el Derecho Administrativo en la actualidad y de la que el sistema de tutela cautelar no es sino un reflejo más.

En Francia, la regulación sobre el régimen común del *référé* no comporta alusiones específicas al interés público, por lo que ha de acudir al desarrollo jurisprudencial al respecto.¹²⁷⁹ En este sentido, se ha de remitir a las consideraciones que al efecto se realizaron al presentar la jurisprudencia del Consejo de Estado referente a la "consideración global de la urgencia" y al papel del interés público en la ponderación de intereses a la que dicha expresión remite.

Ello no obstante, en la normativa especial sí se encuentran referencias al interés público. Así, el art. L.551-2 CJA, referido al denominado "*référé précontractuel*" que, como es sabido, tiene origen en el Derecho comunitario, alude en su tercer apartado a la posibilidad que se atribuye al juez de adoptar una multa provisional en los supuestos en los que el demandado no acate la orden del juez de cumplir con sus obligaciones.¹²⁸⁰ En estos casos el juez puede tener en consideración las consecuencias de su decisión para otros intereses distintos del interés del demandante, en especial el interés público. En concreto, si estima que las consecuencias negativas de su decisión son superiores a las

¹²⁷⁹ Como ha indicado algún autor, "*la relación entre el interés general y el sursis à exécution constitue la clef de voûte de la politique jurisprudentielle du sursis à exécution*". Cfr. J.-P. MARKUS, *Sursis à exécution et intérêt général*, AJDA, abril 1996, pp. 251ss. [p. 251].

¹²⁸⁰ Las obligaciones a que se refiere este artículo son, como es sabido, las de publicidad y concurrencia exigidas por el Derecho comunitario para la celebración del tipo de contratos a los que alude la normativa.

ventajas que se pueden extraer de la misma, se le atribuye la facultad de denegar dicha medida.

El empleo del verbo “poder” en este contexto presenta los mismos problemas de interpretación que se plantean, con carácter general, en todas las medidas cautelares. Así, como indicaba más arriba, se ha discutido si con dicho verbo se quiere aludir a una facultad atribuida al juez o, por el contrario, si se quiere indicar que el juez goza de discrecionalidad para adoptar o no la medida en cuestión, aun cuando concurren los requisitos legales para ello. En este último caso podría entenderse que la fórmula legal está induciendo al juez a realizar una ponderación de intereses, ponderación en la que el interés público desempeñaría una función específica, pero no siempre determinante para la resolución definitiva. El verbo “poder” estaría remitiendo al juez al empleo de una concreta técnica de valoración de los intereses.

Entiendo que el texto legal se decanta por esta segunda opción, no sólo en conexión con la evolución jurisprudencial general a la que aludía más arriba, sino también por la propia coherencia del artículo. Así, el párrafo primero del artículo L. 551-2 CJA establece la posibilidad de acudir al juez de lo contencioso para obligar a la autoridad competente a respetar las obligaciones de publicidad y de concurrencia en los procedimientos de contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Para ello, dice la ley, el juez ha de adoptar una decisión “*en las condiciones establecidas a continuación*”,¹²⁸¹ condiciones que, en lo referente a la actividad del juez, se enuncian mediante el empleo del verbo “poder”.

La decisión de denegar la multa coercitiva aparece como corolario de la ponderación de intereses, dado que el apartado tercero reza “[el juez] *puede sin embargo*

¹²⁸¹ “El presidente del tribunal administrativo, o el magistrado en el que delegue, es competente para conocer del litigio en caso de no cumplimiento de las obligaciones de publicidad y concurrencia a que han de someterse los contratos previstos en el art. 7.2 de la ley nº 92-1282, de 11 de diciembre de 1992, relativa a los procedimientos de adjudicación de ciertos contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. El juez no puede resolver antes de la conclusión del contrato más que en las condiciones definidas a continuación”.

tener en consideración las consecuencias probables de esta última medida para todos los intereses susceptibles de ser afectados, especialmente el interés público, y decidir no acordarla siempre que las consecuencias negativas puedan sobrepasar las ventajas". De este texto se deduce una presunción a favor de la adopción de la medida cautelar en cuestión, presunción que puede ser vencida mediante una ponderación de intereses que lleve a la denegación de la misma. La ponderación es, pues, criterio necesario para la denegación y, pese a que el legislador francés alude genéricamente a todos los intereses afectados, singulariza el interés público. En este contexto, además, la mención del interés público cobra importancia, por cuanto el espectro de intereses públicos afectados es, por definición, amplio. Ello es debido a la impronta del Derecho comunitario, origen de la regulación, pero cuyos efectos se despliegan con posterioridad en toda la aplicación de esta normativa, en la medida en que se trata de un ámbito en el que es fácil que se encuentren presentes operadores procedentes de diversos Estados Miembros.¹²⁸²

En Alemania la presencia del concepto de interés público en la regulación de las medidas cautelares es constante. A diferencia de los ejemplos español y francés, el ordenamiento alemán parte de una presunción *iuris tantum* a favor del interés público en determinados supuestos, los elencados en el apartado 2 del art. 80 VwGO.¹²⁸³ En estos casos se elimina la regla de la suspensión automática en función, precisamente, de un interés público que así lo justifica. A esta circunstancia se ha de añadir que la ejecución inmediata es hoy la regla, habiendo preterido en la práctica a la suspensión automática que se predica en el primer apartado de este artículo. En este sentido, la situación no parece diferenciarse demasiado de la presunción de legalidad de los actos

¹²⁸² El propio artículo menciona la Comisión de las Comunidades Europeas y alude a su función de controladora del proceso.

¹²⁸³ Tal y como se indicó en el Capítulo 5, a pesar de que la suspensión automática es la regla en los recursos de anulación en Alemania, el legislador ha previsto una serie de supuestos, los listados en el apartado 2 del art. 80 VwGO, en los que se elimina dicha regla general. Dichos supuestos se refieren a determinadas cuestiones tributarias, de policía y otras previstas con carácter genérico en el número 3 del apartado 2, que remiten en última instancia a determinadas opciones de política económica y social. En fin, el número 4 del apartado 2 prevé una cláusula general que permite a la Administración ordenar la ejecución inmediata de un acto administrativo en los supuestos en los que lo justifique un interés público o de terceros.

administrativos existente en todos los ordenamientos objeto de estudio y que, en el particular caso de las medidas cautelares en Alemania, resultaba excepcionado, de forma también excepcional en el panorama comparado, de modo que la regla en los recursos frente a los actos administrativos era la suspensión.

El interés público ínsito en las excepciones a la suspensión automática del art. 80 VwGO es, según WIESELER el interés público general que caracteriza toda actividad de la Administración, en aras a perseguir una justicia material que redunde en bien de la comunidad.¹²⁸⁴ Otros autores, sin embargo, consideran que el interés público en la tutela cautelar ha de ser “disgregado” en diversos intereses públicos en atención al ámbito material de que se trate.¹²⁸⁵ La jurisprudencia no sólo en Alemania, sino también en otros contextos jurídicos¹²⁸⁶, ha seguido, por lo general, esta última opción.

En lo que respecta a las medidas cautelares distintas de la suspensión, previstas en el art. 123 VwGO, no constan menciones específicas al interés público. Para ello se ha de acudir a la jurisprudencia, quien se ha hecho eco de esta noción en el contexto de la ponderación de intereses.

Tras el repaso a la situación en diversos ordenamientos, las alusiones al interés público en el ámbito de la tutela cautelar en el Derecho positivo y las correspondientes elaboraciones jurisprudenciales, parecen ser inequívocas y remiten, por lo general, a lo que puede considerarse una cláusula de salvaguarda del interés público, cláusula que ha supuesto que durante mucho tiempo la técnica de la ponderación de intereses resultara mal comprendida e incluso despreciada. Entiendo que esta cláusula, considerada de este modo, puede guardar relación con una concepción primitiva del interés público, la que GIANNINI precisamente considera trasnochada, cuál es la de entender que el interés público es uno y unívoco. Es este, además, el significado que Alejandro NIETO

¹²⁸⁴ Cfr. W. WIESELER, cit., pp. 53-54.

¹²⁸⁵ Cfr. P. HÄBERLE, *Fiskalische...*, cit., p. 224.

atribuye al interés público en los orígenes de la disciplina del Derecho Administrativo.¹²⁸⁷

En este sentido puede entenderse, por ejemplo, la propuesta de Carmen CHINCHILLA, cuando se refiere a la máxima "*salus publica suprema lex est*". Oponiéndose al rechazo frontal de GARCÍA DE ENTERRÍA a admitir el interés general como argumento para denegar la tutela cautelar, CHINCHILLA afirma que "*el interés general sí debe prevalecer sobre un interés privado, como se deriva de la cláusula social del Estado y de un principio tan elemental como es el de la solidaridad. Por otra parte, si bien es cierto que, como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, no puede haber un interés general en impedir la justicia efectiva, sí puede haber —que es de lo que se trata realmente— un interés general en ejecutar un acto administrativo, aunque a la larga ello pueda privar de esa tutela judicial efectiva a un ciudadano*".¹²⁸⁸ Sin embargo, esta misma autora sostiene en otros trabajos que no es posible la determinación *a priori* de una prevalencia concreta, sino que habrá de estarse a cada caso específico.

Pese a la acertada alusión a la cláusula del Estado Social, entiendo que la ponderación de intereses está llamada a evitar, precisamente, la opción *a priori* por un interés privado o uno público. Este mecanismo se establece para tratar de encontrar la solución adecuada en cada conflicto que se presente a raíz de una pretensión de tutela cautelar. Además, el juicio cautelar no conlleva un pronunciamiento sobre la prevalencia de un interés privado o un interés público con carácter general, sino en el contexto de la urgencia y el *forum*, tal y como ya se ha indicado. Por esta razón, las alusiones genéricas al interés público no implican más que ofrecer una segunda oportunidad al mismo, entendiendo como primera oportunidad aquella que justifica el privilegio de la ejecutividad del acto administrativo que determina, en fin, un régimen

¹²⁸⁷ Cfr. A. NIETO, *La vocación...*, cit.

¹²⁸⁸ Cfr. C. CHINCHILLA, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 185; C. CHINCHILLA, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, RAP 131 (1993), p. 178.

de medidas cautelares tradicionalmente más gravoso que el existente para los actos privados.¹²⁸⁹

La cláusula del Estado Social, sin embargo, no resulta inoperante en la tutela cautelar, antes al contrario. Esta cláusula es la que justifica la entrada en el juicio cautelar de otros intereses distintos del interés público subyacente al acto administrativo y del interés privado opuesto a la ejecución del mismo. El interés general prevalente en todo juicio contencioso-administrativo es fruto del debate que se suscita en el mismo.¹²⁹⁰

3.- El interés público como correctivo de la resolución cautelar

En las líneas que preceden se ha presentado la concepción tradicional del interés público en la tutela cautelar, cual es la de considerarlo un tercer criterio de adopción de la medida, que justificaría la denegación de la misma (su “corrección”) aun cuando concurrieran el *periculum* y el *fumus*. Los correctivos del juicio cautelar existen desde los orígenes de esta institución y tradicionalmente todos ellos se han ubicado en dicho concepto de “interés público”. En consonancia con ello, la mera alusión a la ponderación de intereses parecía indicar que se trataba de aplicar un correctivo de estas características.

LEISNER ha analizado este tipo de correctivos en el ámbito privado y señala que, en los supuestos de normas aparentemente antitéticas, los elementos que permiten adoptar la solución adecuada y unificar con ello el ordenamiento se encuentran en todo caso vinculados con la idea de justicia. Se trata de conceptos como el de seguridad

¹²⁸⁹ Sobre la determinación en concreto del interés público en la tutela cautelar, v. T. FONT I LLOVET, *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, REDA 34 (1982), pp. 477ss.

¹²⁹⁰ Cfr. F. SÁINZ MORENO, *Sobre el interés público y la legalidad administrativa*, RAP 82 (1977), pp. 443 y 448-449.

jurídica o el de justicia material, manifestados en expresiones como "buena fe" o "buenas costumbres".¹²⁹¹ Ello se justificaría, a juicio de este autor, por la necesidad de los codificadores de tranquilizar sus conciencias por haber creado conceptos jurídicos "hilados demasiado fino".

En el Derecho Público, sin embargo, la situación es, en principio otra, dado que su objeto, en sus orígenes, son actos de autoridad que no admiten matices o correctivos y, en menor medida, por tanto, alusiones a una genérica idea de justicia. Sin embargo, entiende LEISNER, la fórmula de la proporcionalidad y, con ella, la ponderación, introducen este tipo de consideraciones, situación que podría comportar un peligro para el orden democrático.¹²⁹²

¹²⁹¹ Cfr. W. LEISNER, cit., p. 14.

¹²⁹² Cfr. W. LEISNER, cit., p. 17.

CONCLUSIONES

Las medidas cautelares en el contencioso-administrativo han sido objeto en tiempos recientes de numerosos y prolijos estudios. Ello ha sido debido, fundamentalmente, a dos circunstancias. En primer lugar, el tiempo en general, y el tiempo procesal en particular, se han acelerado, exigiendo así el establecimiento de instrumentos adecuados para responder a estas necesidades. En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de tutela cautelar ha generado reacciones en las doctrinas y las jurisprudencias nacionales, que en ocasiones han encontrado eco asimismo en la legislación.¹²⁹³

Las respuestas a ambos condicionantes en los distintos ordenamientos han sido diversas, si bien puede constatarse una preocupación común por hacer frente a la situación mencionada en el párrafo anterior. Ello implica que haya de analizarse si, pese a la diversidad de soluciones, éstas son equivalentes. Además, las reacciones a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han variado en función del contexto nacional, indicando que el nivel de protección cautelar en unos y otros ordenamientos también varía. En fin, estas disparidades indican la necesidad de comparar los distintos modelos de tutela cautelar en Europa, singularmente el modelo elaborado por el Tribunal de Justicia y los existentes en los ordenamientos nacionales. Otros componentes, como el Derecho gestado en el seno del Consejo de Europa, habrán de ser asimismo tenidos en consideración.¹²⁹⁴

¹²⁹³ Sobre estas cuestiones, y, en concreto, sobre el tiempo y la tutela cautelar, véase la Introducción - en especial el apartado 3, relativo al "contexto de las medidas cautelares" -, el apartado II.3 del capítulo 2 y el apartado L.2 del capítulo 4.

¹²⁹⁴ Al respecto puede verse la Introducción, así como el apartado III del capítulo 3, en el que se plantean las críticas al modelo elaborado por el Tribunal de Justicia.

I.- La comparación de las medidas cautelares contencioso-administrativas en Europa requiere, en primer lugar, delimitar el marco teórico en el que se ubica la misma, delimitación que se realiza en el capítulo 1 de la presente memoria de tesis. Para ello se ha de presentar el concepto de Derecho Comparado que se emplea y se han de salvar las dificultades que tradicionalmente se han atribuido a los estudios comparados en el Derecho Público en general, y en el Derecho Administrativo en particular.¹²⁹⁵

El Derecho Comparado se ha debatido históricamente entre su consideración como disciplina autónoma (o ciencia, en expresión de algunos autores) y como simple método al servicio de otras ramas del saber. La opción por una u otra variante conlleva diferencias en el grado de información que se ha de ofrecer al lector, en la forma de exposición de la misma – incluidas las cuestiones lingüísticas, como la traducción de los términos extranjeros -, o el acceso a las fuentes y la dotación de la adecuada relevancia a cada una de ellas. El presente trabajo es un estudio de Derecho Administrativo Comparado – es decir, parte de la autonomía del Derecho Comparado como disciplina - y se ubica teóricamente en el concepto de “Derecho Administrativo Europeo”.¹²⁹⁶

Como indicaba, existe una reticencia tradicional a aceptar la comparación en el Derecho Público. Así, en la doctrina no es infrecuente encontrar alusiones a las dificultades (e incluso a la imposibilidad) de realizar comparaciones en el Derecho Público, a pesar de que este tipo de comparación haya sido realizada durante largo

¹²⁹⁵ En la Introducción se presentan unas reflexiones iniciales sobre el método comparado, materia que se desarrolla por extenso en el capítulo 1.

¹²⁹⁶ Sobre la evolución histórica del Derecho Comparado, vid. especialmente el apartado I.2 del capítulo 1.

tiempo y a pesar, además, de que algunos autores considerados como precedentes de los actuales comparatistas (léase Platón o Aristóteles) hayan procedido a comparar textos de "Derecho Público". La razón de estas reticencias puede radicar en el hecho de que la comparación en el sentido moderno nació vinculada a los estudios del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, la evolución política, social y jurídica creó una idéntica necesidad de comparar en el ámbito público. Dicha necesidad se vio acuciada por el surgimiento de las Comunidades Europeas y por el desarrollo del denominado "Derecho Administrativo Europeo".¹²⁹⁷

Es cierto que la comparación en Derecho Público presenta dificultades específicas, por cuanto existen una serie de condicionantes constitucionales derivados de la tradición que exigen suma cautela en la extracción de conclusiones. Ello no obstante, también el Derecho Privado es fruto de la historia, circunstancia que no ha impedido realizar comparaciones en ese ámbito. Por esta razón, lo que se exige al comparatista es precaución y un adecuado uso del método. Para ello se ha de tener claro el contexto de la institución comparada, acudiendo a las construcciones teóricas sobre la cultura jurídica y, en concreto, sobre la cultura administrativa.¹²⁹⁸

En otro orden de cosas se ha de delimitar, además, el concepto de Derecho Administrativo Europeo con el que se trabaja y que deriva del punto de partida de la presente investigación: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre tutela cautelar. A raíz de dicha jurisprudencia se realiza una comparación de los ordenamientos jurídicos nacionales, para identificar la regulación y la práctica de la tutela cautelar en cada uno de los contextos. Interesa no sólo el

¹²⁹⁷ El análisis de las opiniones contrarias a la comparación en el Derecho Público se encuentra en el apartado I.3 del capítulo 1.

¹²⁹⁸ El apartado I.3.B del capítulo 1 desarrolla el "aspecto cultural" del Derecho Administrativo y sus consecuencias de cara a realizar la comparación con otros ordenamientos.

contraste de soluciones en los diversos sistemas, sino también el análisis de las influencias mutuas que hayan podido sufrir y que eventualmente se puedan generar en el futuro. Con ello se pretende identificar las lagunas en el modelo comunitario, para después extraer ciertos principios o líneas de tendencia que pudieran considerarse de común aplicación en Europa. El Derecho Administrativo Europeo sería, por tanto, el resultado del análisis de los ordenamientos en el texto y en la práctica y de sus interacciones, sirviendo de base para una posterior indicación de los principios que habrían de resultar de común aplicación. El establecimiento de principios, y no de un régimen totalmente uniforme, permitirá garantizar unas bases comunes en el Derecho comunitario, preservando las particularidades propias de cada Estado.¹²⁹⁹

En fin, desde el punto de vista metodológico también se ha de insistir en aspectos más concretos. En primer lugar se plantea la idoneidad de trabajar con taxonomías o modelos. Las taxonomías pueden resultar útiles en una primera aproximación a un tema de investigación. Sin embargo, cada estudio requiere una clasificación particular de los sistemas en función de las exigencias de cada institución jurídica. Así, en el presente trabajo se ha optado por comparar dos modelos de control de la Administración (y, con ello, de tutela cautelar) tradicionalmente opuestos, el francés y el alemán, con el español, que ha recibido influencias de ambos, pero que es también fruto de la particular evolución histórica, política y social en el que se ha gestado.¹³⁰⁰

En segundo lugar se encuentra el problema lingüístico. Con esta expresión hago referencia no sólo al acceso a las fuentes y a las dificultades que ello conlleva, sino

¹²⁹⁹ El concepto de Derecho Administrativo Europeo y sus consecuencias en el establecimiento de un modelo europeo de tutela cautelar se recogen en el apartado I.4 del capítulo 1. Las líneas de tendencia a las que me refiero se detallan en cada uno de los capítulos de la memoria de tesis, que versan sobre cuestiones materiales diferentes, aunque relacionadas.

también a la labor de traducción que el comparatista realiza al referirse a regímenes jurídicos extranjeros. Dicha labor de traducción justifica el recurso a las teorías que sobre la misma se han elaborado. En concreto, la teoría de la traducción funcional, que presta especial atención al contexto y no en exclusiva a la letra escrita, entiendo habría de ser tenida en cuenta por los comparatistas.

Entre las cuestiones lingüísticas destaca, en fin, el debate en torno a la necesidad de un metalenguaje a efectos de comparar realidades equivalentes. Con el término "metalenguaje" se alude a la creación de términos, conceptos y definiciones comunes a todos los ordenamientos, tal y como se ha realizado en determinadas directivas comunitarias. Pese a las indudables ventajas que presenta este sistema, en especial en lo que a la claridad y la seguridad se refiere, con él se peca probablemente de una generalidad que trata de evitarse en los estudios de Derecho Comparado.¹³⁰¹

II.- En el capítulo 1 se ha reflexionado, por tanto, sobre el método empleado en la presente investigación, presentando con ello el contexto metodológico de la misma. A continuación, el capítulo 2 se adentra en la naturaleza de las medidas cautelares, configurando al mismo tiempo el contexto conceptual que va a determinar la comparación. Para ello se ofrece una aproximación a las medidas cautelares a través de sus características definitorias.

Los condicionamientos del transcurso del tiempo en el proceso han generado la aparición de diversas instituciones jurídicas que en ocasiones son tratadas de forma conjunta bajo la denominación de "medidas cautelares". Sin embargo, bajo dicha

¹³⁰⁰ Sobre las taxonomías y, dentro de éstas, las familias legales, versa el epígrafe II.1 del capítulo 1.

¹³⁰¹ La idoneidad y las dificultades de la creación de un metalenguaje se plantean en el apartado II.2.B del capítulo 1.

denominación conviven instrumentos procesales de diversa índole, incluidos auténticos juicios sumarios. Esta realidad justifica la delimitación conceptual.

Existen diversas variantes lingüísticas para hacer referencia a las medidas cautelares, habiéndose propuesto, incluso, el empleo de supraconceptos. Sin descartar la utilidad de los mismos en determinadas ocasiones, conviene acudir a las características estructurales de las medidas cautelares para identificar sus exactos contornos.¹³⁰²

Entre las características que definen las medidas cautelares destaca la *instrumentalidad*, esencia misma de la institución estudiada y criterio que la diferencia de otras instituciones afines. Esta característica recibe diversas denominaciones (“accesoriedad”, “subsidiariedad”, “conexidad”), pero el término “instrumentalidad” es el que con mayor claridad indica la relación de dependencia de la medida cautelar respecto del proceso principal. Esta relación vicarial conlleva que el concepto de “vínculo” (entre la medida y el proceso de fondo) sea la clave de bóveda de la instrumentalidad y, con ello, de la naturaleza de las medidas cautelares. De ahí deriva que la instrumentalidad sea una condición de admisibilidad de la demanda y que sólo aquellas medidas en las que se ponga de manifiesto dicho vínculo sean en puridad medidas cautelares y se les aplique el régimen jurídico correspondiente. Algunos autores entienden que, en función de la dependencia que indica la instrumentalidad, no es posible considerar las medidas cautelares como un auténtico proceso. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que también el proceso presenta un carácter instrumental respecto del Derecho sustantivo, y ello no ha impedido afirmar su autonomía.

¹³⁰² Las diferentes denominaciones que se emplean para designar las medidas cautelares y el uso de los supraconceptos son objeto estudio en los apartados I.1 y I.2 del capítulo 2.

El vínculo que caracteriza la instrumentalidad viene determinado por los criterios tradicionales del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, si bien su apreciación depende del criterio, estructural o teleológico, que se emplee. El criterio estructural es más formalista, ya que con él se presta atención a las características definitorias de las medidas cautelares. Si el instrumento empleado es, por su configuración, un instrumento apto para proteger cautelarmente el objeto del pleito, entonces se cumple el requisito de la instrumentalidad de la medida cautelar. Por su parte, el criterio teleológico no presta atención a la forma, a la estructura, del instituto procesal empleado, sino que se centra en la finalidad del mismo. Si lo que se persigue es garantizar la efectividad de la sentencia, el criterio de la instrumentalidad habrá sido satisfecho. Los partidarios del criterio estructural critican el carácter abierto del criterio teleológico y la inseguridad que ello conlleva. Sin embargo, el Derecho positivo parece haberse eco de este último criterio, al aludir a la garantía de la efectividad de la sentencia y a la pérdida de la finalidad legítima del recurso.¹³⁰³

La segunda de las características que configuran las medidas cautelares es la *provisionalidad*, dado que las medidas se encuentran vigentes para regular una situación de forma transitoria, en tanto no se adopte una resolución sobre el fondo. En este sentido, dada esta dependencia respecto de la resolución del fondo, algunos autores han relacionado la provisionalidad con la instrumentalidad, si bien conviene retener la autonomía de ambas, dado que ponen el acento en cuestiones diversas. Así, de la provisionalidad se deriva la prohibición de prejuzgar el fondo, prohibición que no necesariamente se deduce de la instrumentalidad. Se ha de indicar, sin embargo, que la

¹³⁰³ Sobre la instrumentalidad en general, v. el apartado II.1 del capítulo 2, completado por el apartado II.1 del capítulo 6, que versa sobre la instrumentalidad y las medidas provisionales en el contexto del análisis de la demanda y la pretensión cautelar.

provisionalidad se viene relativizando en los últimos años, circunstancia que ha de conectarse con la mutación del concepto de medidas cautelares.¹³⁰⁴

Además de la instrumentalidad y la provisionalidad, otra de las notas que caracterizan la institución objeto de estudio es la *urgencia*, sumariedad o celeridad. La celeridad, concebida como exigencia constitucional en ciertos ordenamientos (Alemania) y pilar de recientes reformas legislativas en otros (Francia), justifica, entre otras opciones procesales, la reducción de los plazos o la supresión de determinados trámites procedimentales. Ello no debe comportar, sin embargo, la mengua de las garantías derivadas del derecho a una tutela judicial efectiva.¹³⁰⁵

Entre las características definitorias de la institución estudiada se ha de citar, además, la denominada *homogeneidad de las medidas cautelares con las medidas ejecutivas*. Esta característica tiene origen en la doctrina española, si bien es exportable a otros ordenamientos. Ello no obstante, su aplicación presenta problemas en el Derecho comunitario, toda vez que las sentencias de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia son, por lo general, declarativas. Ello implica que, al haber carecido tradicionalmente de competencia para adoptar medidas ejecutivas, se plantee el problema de admitir en la fase cautelar del proceso la adopción de medidas que presenten una naturaleza similar a las medidas ejecutivas. En este caso, al juez le estaría

¹³⁰⁴ La provisionalidad es objeto de desarrollo en el apartado II.2 del capítulo 2. Como indicaba, esta cuestión ha de ponerse en relación con el prejuicio de la cuestión de fondo, que es analizado en el apartado III del capítulo 8, relativo al *firmus boni iuris*.

¹³⁰⁵ La urgencia es la característica que precede, configura y determina la regulación de la tutela cautelar. Por ello, es una constante que se encuentra en diversos apartados del presente estudio. En la Introducción, como ya indiqué, se plantea el fenómeno temporal como condicionante de las medidas cautelares. A continuación, en el apartado II.3 del capítulo 2 – que nos ocupa en estos momentos – se desarrolla la urgencia como característica definitoria de las medidas cautelares. En el capítulo 4, relativo al estatuto constitucional de las medidas cautelares, se presenta el tratamiento constitucional y legal que con carácter general recibe la celeridad o urgencia en los diversos ordenamientos. En fin, el capítulo 7 se dedica de manera monográfica al estudio del *periculum in mora*, condición de adopción de las medidas cautelares que en ocasiones recibe la denominación de “urgencia”.

permitido emplear un instrumento que durante largo tiempo le ha estado vedado en el procedimiento principal.¹³⁰⁶

En relación con la instrumentalidad y la homoneidad se encuentra, en fin, la *funcionalidad*, si bien algunos autores se han planteado la idoneidad de predicar la independencia de esta característica. Con la funcionalidad se indica la relación entre la medida cautelar solicitada y el derecho material subyacente, cuya aplicación se garantiza. Con ello se establece el vínculo necesario entre Derecho Procesal y Derecho sustantivo. Este vínculo determina que hayan de existir todas las medidas necesarias para proteger el derecho material subyacente y se encuentra en el origen de las cláusulas de *numerus apertus* existentes en algunas regulaciones sobre medidas cautelares.¹³⁰⁷ La funcionalidad de las medidas cautelares - el vínculo entre el Derecho Procesal y el Derecho sustantivo que esta característica comporta - justifica, además, que se impongan límites a la supletoriedad de la legislación procesal civil.

En diversos ordenamientos, como es el caso de España o Alemania, existen cláusulas de aplicación supletoria de la legislación procesal civil en el contencioso-administrativo.¹³⁰⁸ Además, junto a estas cláusulas genéricas, conviven remisiones específicas a las respectivas leyes del proceso civil en ámbitos concretos del proceso. De ambos datos se deduce la que he denominado una "supletoriedad selectiva" de la normativa procesal civil, tanto en España como en Alemania. Así, dicha normativa no resulta de aplicación siempre y en todo caso, sino únicamente en los supuestos en que se constate la existencia de una laguna. La laguna no existe si el legislador ha previsto un régimen jurídico aplicable a una institución concreta diferente del régimen del proceso civil. Este es el caso de las medidas cautelares, ya que, al haber sido objeto de

¹³⁰⁶ Sobre la homogeneidad, v. el apartado II.4 del capítulo 2.

¹³⁰⁷ La funcionalidad se detalla en el apartado II.4 del capítulo 2.

¹³⁰⁸ A todo ello me refiero en el apartado III del capítulo 2.

una regulación propia y diferenciada, es difícil que pueda apreciarse la existencia de una laguna. De constatarse, además, la aplicación de la normativa procesal civil, ésta habría de realizarse respetando los principios que conforman el proceso contencioso-administrativo. Se estaría optando, en términos técnicos, por una conciliación entre la autointegración y la heterointegración. Esta supletoriedad selectiva de la normativa procesal civil en las medidas cautelares es defendida por doctrina española y alemana, dado que de esta manera se preservan las especialidades del contencioso y se protegen de forma más adecuada las situaciones jurídicas que tienen cabida en este proceso.

En Francia no existe una cláusula general de supletoriedad de la legislación procesal civil. Sin embargo, el juez de lo contencioso-administrativo ha recurrido con frecuencia a la misma y, en concreto, ha elaborado el sistema del *référé* administrativo a imagen del modelo civil. Ello no obstante, la reciente reforma de la tutela cautelar en el país galo, en 2001, ha optado por un régimen propio, adaptado a las necesidades del Derecho Administrativo y sin referencias a la legislación civil. Con ello se vendría a confirmar la independencia de ambos sistemas.

Para terminar el capítulo correspondiente a la naturaleza de las medidas cautelares he desarrollado la cuestión relativa a su delimitación respecto de otras figuras afines.¹³⁰⁹ Estas figuras surgen, al igual que las medidas cautelares, como respuesta a los efectos perniciosos del tiempo en el proceso. Sin embargo, sus características configuradoras y sus condiciones de aplicación difieren, de manera que conviene retener también la distinta naturaleza y, con ello, un también distinto régimen jurídico.

En primer lugar se ha de aludir a la anticipación y el aseguramiento de la prueba¹³¹⁰, que en ocasiones son objeto de tratamiento conjunto bajo el epígrafe

¹³⁰⁹ Vid. el apartado IV del capítulo 2.

¹³¹⁰ A esta cuestión dedico el apartado IV.1 del capítulo 2.

genérico de “tutela cautelar”. Con ellas se pretende proteger el objeto del pleito, pero los criterios que determinan su aplicación se diferencian de los propios de las medidas cautelares. Así, si la urgencia es una constante que determina la necesidad de proceder a la realización de este tipo de prueba, el vínculo material con el proceso principal, el *fumus boni iuris*, carece de protagonismo. Un ejemplo digno de mención es el francés. La reforma de 2001 introdujo una figura, el *référé-conservatoire* (art. L. 521-3 CJA), entre los denominados “*référés* de urgencia”. El *référé-conservatoire* es el instrumento que permite adoptar cuantas medidas resulten útiles para el desarrollo del proceso, situándose en lugar destacado las medidas de naturaleza probatoria. En este instrumento procesal cautelar no encuentra aplicación el criterio del *fumus boni iuris* y, sin embargo, en lo que al procedimiento se refiere, se rige por idénticas normas que regulan la suspensión de actos administrativos y el *référé-liberté*. Pese a este régimen común, no obstante, conviene retener las diferencias entre las instituciones que se comparan en el presente párrafo, diferencias que se ponen de manifiesto, en general, en los criterios de adopción de cada institución, así como en el régimen jurídico aplicable a las mismas.

En segundo lugar, tras la anticipación y el aseguramiento de la prueba se ha de hacer referencia a los mecanismos procesales de reacción frente a la vía de hecho administrativa.¹³¹¹ El concepto de vía de hecho no es unívoco en los distintos ordenamientos, pero sí remite a categorías equiparables, como es la nulidad.¹³¹² Ello presenta singular importancia en el tratamiento del *fumus boni iuris*, en especial si se tiene en consideración la vinculación de este criterio con la teoría de las nulidades.¹³¹³ El interés de la vía de hecho en la tutela cautelar es doble. De un lado, el mecanismo

¹³¹¹ Sobre la vía de hecho y los interdictos véase el apartado IV.2 del capítulo 2.

¹³¹² El apartado IV.2 trata por extenso de la vía de hecho y los mecanismos de reacción frente a la misma. En dicho apartado se plantea, además, la distinción entre inexistencia y nulidad, comparando las soluciones en los distintos ordenamientos jurídicos.

¹³¹³ Al respecto, véase el capítulo 8.

clásico de reacción frente a la misma, el interdicto, presenta fuertes similitudes con las medidas cautelares. De otro lado, estas medidas son utilizadas en ocasiones, y paulatinamente con mayor frecuencia, para hacer frente a la vía de hecho. En el Derecho español se ha de mencionar el art. 136 de la Ley de la Jurisdicción, que regula los criterios de adopción de las medidas cautelares frente a la vía de hecho de la Administración. Pese a la existencia de opiniones contrarias, no parece errado sostener que la naturaleza jurídica de estas “medidas cautelares” se encuentra cercana a la de un interdicto administrativo.¹³¹⁴ Es cierto que el legislador no optó en 1998 por incluir un procedimiento especial y propio para reaccionar frente a la vía de hecho. Sin embargo, del articulado y de la Exposición de Motivos sí se deduce el celo por establecer un tratamiento diferenciado en estos supuestos, de manera que el art. 136 LJ no sería sino un corolario de esta postura. Las diferencias con las medidas cautelares ordinarias reguladas en el art. 130 LJ son palmarias. Así, junto a la práctica inexistencia del criterio del *periculum in mora*, el contenido del *fumus boni iuris* recuerda muy de cerca a la apreciación de la nulidad absoluta que se realiza de forma previa a la adopción del correspondiente interdicto. En fin, se ha de aludir a un instrumento creado en el Derecho francés en la reciente reforma de la normativa contencioso-administrativa, el *référé-liberté* (art. L. 521-2 CJA), que presenta grandes similitudes con el interdicto tradicional.

En fin, entre las categorías afines a las medidas cautelares se encuentran los procesos sumarios.¹³¹⁵ Éstos surgen para dar respuesta procesal a un complejo de problemas surgidos en un concreto ámbito material. Las medidas cautelares han sufrido una evolución similar a la que se encuentra en el origen de los procesos sumarios. Así, en determinados ámbitos materiales se ha constatado la necesidad de contar con una reacción procesal especialmente rápida, ya que de lo contrario el pleito quedaría sin

¹³¹⁴ Vid. apartado IV.2.B del capítulo 2.

¹³¹⁵ Vid. apartado IV.3 del capítulo 2.

objeto. Además, la relativización de las notas de instrumentalidad y provisionalidad que caracterizan las medidas cautelares ha contribuido a diluir la diferencia entre dichas medidas y los procesos sumarios. Ello no obstante, en aras a preservar la seguridad jurídica, conviene diferenciar ambos institutos y atribuir a cada uno de ellos el régimen jurídico que le corresponda, dado que cada uno responde a unas necesidades distintas y se rige por principios propios. Sí que podría preverse, sin embargo, un mecanismo de conversión de la medida cautelar en proceso sumario en los supuestos en que se verifique que la solución idónea es una resolución definitiva y no provisional. Para ello habría de establecerse el trámite procedimental oportuno, así como las debidas garantías que impidan un uso torticero de dichas conversiones.

En lo que concierne al Derecho comunitario, la dogmática sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares no ha alcanzado la profundidad de los estudios nacionales. En este contexto los estudios doctrinales se centran en la discusión sobre la consideración como medidas cautelares de las medidas de ejecución forzosa y de la suspensión provisional de las resoluciones de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia.¹³¹⁶ Esta carencia justifica una vez más la comparación de los ordenamientos nacionales, comparación que se muestra especialmente útil para el perfeccionamiento del modelo comunitario.

III.- Tras el contexto metodológico y conceptual presentado en los capítulos 1 y 2, el capítulo 3 se ocupa de la jurisprudencia prejudicial del Tribunal de Justicia en materia de tutela cautelar. Esta jurisprudencia, que comienza con el conocido asunto *Factortame*, es el punto de partida de la presente comparación. En efecto, el Tribunal de Justicia ha impuesto a los jueces nacionales una serie de condiciones para la adopción de medidas cautelares en los supuestos en los que se vea afectada la aplicación del

¹³¹⁶ Vid. apartado IV.4 del capítulo 2.

Derecho comunitario. Estas condiciones derivan del principio de eficacia del Derecho comunitario y establecen un determinado nivel de protección de los derechos con origen en dicho ordenamiento. Este modelo impuesto por el Tribunal de Justicia es un modelo abierto que requiere ser completado con la práctica jurisprudencial y el análisis doctrinal. Para ello resulta imprescindible la comparación del modelo comunitario con los modelos nacionales, además de otros modelos existentes en Europa (en especial, el gestado en el seno del Consejo de Europa).

Para el desarrollo de la cuestión mencionada he comenzado aludiendo al diálogo interjurisdiccional, una de las piezas clave del sistema de justicia en las Comunidades Europeas.¹³¹⁷ Este diálogo no supone una relación petrificada, sino que la movilidad, el cambio, la flexibilidad, son sus caracteres esenciales. Ello requiere una especial sensibilidad de los partícipes hacia el desarrollo jurídico en otros contextos normativos, así como una apertura a posibles influencias externas. Los términos del diálogo entre la jurisdicción comunitaria y las nacionales han variado desde los primeros años de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al hilo de la evolución de dos principios: el principio de eficacia del Derecho comunitario y el principio de autonomía procedimental de los Estados Miembros. Ambos principios se han alternado en la jurisprudencia del Tribunal y desde el segundo lustro de los años noventa puede constatar un afán por garantizar un equilibrio entre ambos, renunciando a preterir uno de ellos *a priori* y de manera absoluta. El equilibrio concreto se ha de hallar en cada caso concreto mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto.

Uno de los institutos jurídicos en que claramente se distingue la línea evolutiva hacia el equilibrio de los principios mencionados es la tutela cautelar. Así, la eficacia del

¹³¹⁷ Como indico en el apartado I del capítulo 3, el diálogo interjurisdiccional en Europa es el presupuesto teórico del sistema comunitario de cuestiones prejudiciales y, en concreto, del modelo de tutela cautelar elaborado por el Tribunal de Justicia en este contexto.

Derecho comunitario y la eficacia de la protección jurisdiccional de los particulares responden a la tendencia al equilibrio que caracteriza la moderna jurisprudencia del Tribunal. Ello ha sido fruto de una evolución en la que el principio de eficacia ha ido perdiendo fuerza como principio absoluto, en una manera en cierto modo equiparable a la relativización que en los ordenamientos nacionales ha sufrido la ejecutividad de los actos administrativos a consecuencia de su adaptación al actual contexto constitucional. Con ello ha ganado fuerza la tutela judicial efectiva, si bien ésta no ha sido objeto de un desarrollo tan elaborado como lo ha sido en las jurisprudencias constitucionales nacionales.

La exigencia de equilibrio en la tutela cautelar se consolida en la sentencia *Kröger* del Tribunal de Justicia (1997).¹³¹⁸ Antes, sin embargo, existieron cuatro conocidos pronunciamientos del Tribunal que reconocieron la competencia (o afirmaron la incompetencia, como en el asunto *T. Port*, 1996)¹³¹⁹ de los jueces nacionales para adoptar medidas cautelares en los supuestos en que el Derecho comunitario se viera afectado. Así, en *Factortame* (1990)¹³²⁰ se autorizaba a los jueces nacionales a adoptar medidas cautelares frente al Derecho nacional para garantizar la aplicación del Derecho comunitario. Más adelante, en *Zuckerfabrik* (1991)¹³²¹ y en *Atlanta* (1995)¹³²², se admitió la posibilidad de que los jueces nacionales adoptaran medidas cautelares (tanto suspensión como medidas cautelares positivas) frente al Derecho comunitario derivado para preservar la aplicación del Derecho comunitario originario. Además, en dichos pronunciamientos se establecieron las condiciones de adopción de las medidas. Dichas condiciones son, en términos genéricos, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*,

¹³¹⁸ Vid. apartado II.5 del capítulo 3.

¹³¹⁹ Vid. apartado II.4 del capítulo 3.

¹³²⁰ Vid. apartado II.1 del capítulo 3.

¹³²¹ Vid. apartado II.2 del capítulo 3.

debidamente ponderados. El Tribunal exige, en fin, que los jueces nacionales tengan en consideración el modelo de tutela cautelar elaborado por el propio Tribunal en los recursos directos ante el mismo.

El modelo elaborado por el Tribunal de Justicia, tanto en el sistema de cuestiones prejudiciales, como en los recursos directos ante el mismo, presenta ciertas lagunas. En especial resulta necesaria una profundización en las bases constitucionales de las medidas cautelares - para tratar de identificar un estatuto constitucional de las medidas cautelares en Europa -, así como en el contenido de los criterios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Ambos se engloban en la expresión, más genérica, de ponderación de intereses, mecanismo de argumentación que tiene en cuenta ambos elementos. Para integrar estas lagunas, un material de enorme valía lo constituye la comparación de las experiencias nacionales y a ello he dedicado los capítulos que siguen a este capítulo 3.

IV.- Una de las carencias del modelo de tutela cautelar elaborado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es - reitero - la ausencia de bases constitucionales claras y precisas. Esta cuestión es analizada en el capítulo 4, que versa sobre el estatuto constitucional de las medidas cautelares.

Los Derechos internos gozan de una relativamente larga tradición jurisprudencial y doctrinal que considera las medidas cautelares una derivación de la tutela judicial efectiva y un punto de equilibrio entre las garantías del particular y los privilegios de los poderes públicos. Por su parte, la jurisprudencia elaborada sobre la materia por el Tribunal de Justicia no ha alcanzado este grado de desarrollo. Su actual situación - en la que el principio de eficacia o efecto útil goza de gran predicamento -

¹³²² Vid. apartado II.3 del capítulo 3.

recuerda a estadios anteriores en la evolución del Derecho Administrativo en los Estados Miembros, en que los privilegios de la Administración aún no habían comenzado a ser relativizados de la mano de los principios constitucionales. Los orígenes del Derecho Administrativo coinciden con los orígenes del Estado en el sentido moderno. Así, este último se sirvió del primero para consolidarse, aprovechando su carácter de Derecho específico y exorbitante. Más adelante, con la modificación del concepto de Estado, y la teoría jurídico-política subyacente (que hacía hincapié en los derechos individuales), también el Derecho Administrativo modificó sus perfiles hacia un equilibrio. Este equilibrio puede considerarse hoy - con ciertas salvedades - el eje del contencioso y, en concreto, de las medidas cautelares. En el Derecho comunitario aún se insiste en el principio de eficacia, pero ha comenzado ya una evolución hacia el equilibrio, tal y como indiqué. En esta evolución ocupa un lugar destacado el derecho a una tutela judicial efectiva.¹³²³

El derecho a una tutela judicial efectiva es, por tanto, uno de los pilares sobre los que se asienta la tutela cautelar en determinados ordenamientos jurídicos y entiendo puede concebirse como un elemento básico a tener en cuenta para un eventual modelo europeo de tutela cautelar. Conviene insistir en la importancia dogmática y práctica del vínculo entre ambas instituciones - el derecho a una tutela judicial efectiva y la tutela cautelar -. Para ello resulta necesario, en primer lugar, identificar los concretos contornos de dicho derecho en los ordenamientos que se comparan. Ello es importante, además, debido a que el derecho a una tutela judicial efectiva no es idéntico en todos los sistemas, y no siempre la tutela cautelar recibe la misma ubicación normativa. Esta diferente ubicación puede acarrear consecuencias a efectos de recursos si el tratamiento procesal del derecho en cuestión también difiere. Mientras en España la tutela cautelar se ha identificado con el art. 24.1 CE, esto es, con el acceso al juez, en Francia se ha vinculado a los derechos de la defensa, que serían equiparables a las

¹³²³ Estas consideraciones se encuentran, por extenso, en los apartados I y II del capítulo 4.

garantías procedimentales del art. 24.2. CE. En Alemania, el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn no distingue entre ambas manifestaciones, como tampoco lo hace el Derecho comunitario. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos – que contribuye a la identificación del estatuto constitucional de la tutela cautelar en Europa, debido a su derivación del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva – contempla separadamente el derecho al recurso (art. 13) y las garantías procedimentales (art. 6). Ello no obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en repetidas ocasiones que el art. 6 ejerce una *vis attractiva* respecto del art. 13, incluyéndolo en su ámbito de aplicación.¹³²⁴

Otro de los datos constitucionales a tener en cuenta para el tratamiento dogmático de la tutela cautelar es el elemento temporal. En efecto, la celeridad es considerada una exigencia constitucional derivada del derecho a una tutela judicial efectiva en el Derecho alemán. En otros ordenamientos, como el francés, dicha rapidez no ha alcanzado el rango constitucional, pero sí ha sido el eje de las recientes reformas de la justicia administrativa.¹³²⁵

Los pilares constitucionales que contextualizan la tutela cautelar son, por tanto, el derecho a una tutela judicial efectiva y el elemento temporal. Con ello se descende a lo que ha constituido históricamente el caballo de batalla de la tutela cautelar contencioso-administrativa: el privilegio de la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos. Este privilegio, que existe con diversas denominaciones en todos los ordenamientos, deriva del interés general cuya satisfacción persigue la

¹³²⁴ Sobre el diverso tratamiento dogmático de la tutela judicial efectiva, v. el apartado I.1 del capítulo 4.

¹³²⁵ A la constitucionalización de la urgencia dedico el apartado I.2 del capítulo 4.

Administración en su actividad. El interés general ha de ser leído hoy bajo el prisma constitucional, si bien ello no puede justificar abusos o alusiones genéricas al mismo.¹³²⁶

La ejecutividad de los actos administrativos también se predica de los actos comunitarios.¹³²⁷ Ello no obstante, como decía, el Derecho comunitario se está haciendo eco de la tendencia a garantizar el equilibrio entre los privilegios y las garantías en la tutela cautelar, toda vez que ambos extremos de la balanza se encuentran reconocidos constitucionalmente. Al equilibrio aludió someramente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos *Zuckerfabrik* y *Atlanta*. Sin embargo, esta materia exige mayor elaboración y, para ello, resulta indispensable conocer el desarrollo en los ordenamientos nacionales.

Además de las experiencias nacionales, el sistema comunitario de tutela cautelar ha de tener en consideración las aportaciones del Consejo de Europa. En primer lugar, resulta de interés una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre tutela cautelar en materia administrativa (Recomendación nº R (89) 8, de 13 de septiembre de 1989). Pese a que dicha Recomendación carece, en principio, de valor vinculante, entiendo cristaliza una opinión común en los Estados miembros del Consejo. De la Recomendación se han de destacar las definiciones de categorías básicas para la tutela cautelar contencioso-administrativa, así como la insistencia en el necesario equilibrio de las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos.¹³²⁸ En segundo y más destacado lugar se encuentran la exigencias del Convenio Europeo de Derechos

¹³²⁶ El apartado I.1 del capítulo 4 constituye una introducción al privilegio de la ejecutividad y la ejecutoriedad de la Administración, así como a su paulatina adaptación a los principios constitucionales. Sobre el interés general y a sus diversas acepciones me remito a lo expuesto en el capítulo 9.

¹³²⁷ He de indicar que en la comparación que he realizado de la ejecutividad de los actos administrativos en los distintos ordenamientos, he procurado analizar las diferencias relativas al concepto de acto administrativo existente en cada contexto.

¹³²⁸ Cfr. sobre esta Recomendación el apartado III.2 del capítulo 4.

Humanos, dado el especial significado de dicho instrumento internacional en el Derecho comunitario, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia, y como recogen los textos normativos más recientes, incluido el proyecto de Constitución Europea. La adecuación del modelo comunitario de tutela cautelar a las exigencias del Convenio (en concreto, a su art. 6) se ha planteado en el asunto *Senator Lines* (as. 56672/00, *Senator Lines v. los 15 Estados Miembros de la UE*), asunto que se encuentra pendiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹³²⁹

V.- Tras la presentación del marco constitucional de la tutela cautelar, el capítulo 5 desciende a la legalidad ordinaria. Para ubicar la exposición del régimen legal de las medidas cautelares he partido de una visión general y comparada de la situación de la justicia. El análisis de los datos existentes sobre esta cuestión muestra cómo la lentitud es un problema común a todos los ordenamientos y una obsesión para el legislador. El análisis al que me refería requiere suma cautela, toda vez que en ocasiones no se tienen en consideración elementos importantes, como el número de jueces existente en cada Estado, o las diferencias en el acceso a la jurisdicción. Las cifras relativas al número de recursos han sufrido un aumento constante en los últimos años, circunstancia que redundará en una mayor tardanza para la resolución de los conflictos. Alemania presenta datos ligeramente más alentadores que Francia o España, en especial en lo concerniente al tiempo de resolución de los recursos. En Derecho comunitario existen datos precisos sobre las medidas cautelares adoptadas, y en ellos se observa cómo esta institución apenas es utilizada ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia: no suele ser objeto de pretensiones, y los Tribunales por lo general no las otorgan. El hecho de que los datos indiquen el poco uso que los Tribunales comunitarios realizan

¹³²⁹ Sobre el Convenio y el asunto *Senator Lines*, v. el apartado III.1 del capítulo 4.

de las medidas cautelares lleva a plantearse una vez más la idoneidad de transplantar este modelo a los jueces nacionales en su función de jueces comunitarios.¹³³⁰

Con carácter previo a la presentación de los preceptos legales que regulan la tutela cautelar, he incorporado una introducción sobre la organización jurisdiccional en cada Estado. De un lado se ha de considerar si existe una jurisdicción especializada para los asuntos contencioso-administrativos que disponga de una normativa propia (como es el caso de los ordenamientos nacionales comparados frente al ordenamiento comunitario), y qué repercusiones puede ello comportar para la tutela cautelar. Así se enlaza, además, con la cuestión de la supletoriedad de la legislación procesal civil, a la que ya hice referencia. De otro lado, se han de tener presentes las diferencias existentes en lo que respecta a la extracción de los magistrados. En ciertos ordenamientos reciben una formación específica para los asuntos contencioso-administrativos, formación que en ocasiones tiene lugar desde el principio, como es el caso francés, mientras que en otros supuestos, como es el español, se produce –cuando se produce– tras haber accedido a la carrera judicial.¹³³¹

La exposición que he realizado del régimen general de las medidas cautelares en cada ordenamiento peca (conscientemente) de asimetría, dado que la estructura seguida para describir los sistemas responde a las exigencias de cada uno de ellos. En cada contexto nacional la evolución jurídica ha sido diversa y se han planteado problemas asimismo diferentes, dentro del denominador común, ya planteado, que es la necesidad de hacer frente a la lentitud de la justicia. En España, el debate ha girado en torno a la ampliación del tipo de medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas, así como a los criterios determinantes de dicha adopción. Por su parte, en Francia, el eje central de la discusión doctrinal ha venido constituido por la interpretación restrictiva que el

¹³³⁰ Estos datos se presentan en el apartado I del capítulo 5, concerniente al contexto del régimen legal de la tutela cautelar.

¹³³¹ Estas cuestiones se desarrollan en la Introducción al apartado II del capítulo 5.

Consejo de Estado ha ofrecido tradicionalmente de los criterios de adopción de las medidas cautelares, así como por la ampliación paulatina de los poderes del juez frente a la Administración. En Alemania uno de los debates afecta al modelo de tutela cautelar elaborado por el Tribunal Constitucional Federal, modelo que el Tribunal ha tratado de imponer a los jueces de la jurisdicción ordinaria. Además, se plantea la idoneidad de mantener dos regímenes diferenciados de tutela cautelar, uno para la suspensión y otro para las órdenes provisionales, que cumplen funciones equivalentes en el ordenamiento jurídico. En fin, en el Derecho comunitario, las medidas cautelares adoptadas por los Tribunales de las Comunidades en los recursos directos ante los mismos no han suscitado gran interés doctrinal, al margen de la existencia de algunos estudios monográficos sobre la materia. Ello contrasta con las reacciones generadas a raíz de la jurisprudencia prejudicial del Tribunal de Justicia en los asuntos *Factortame*, *Zuckerfabrik* y *Atlanta*, que, como es sabido, han sido muy numerosas.

En España, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 codificó la jurisprudencia elaborada a partir del art. 122 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, así como las aportaciones doctrinales al respecto. Con ello se trataba de paliar la parca regulación de la suspensión de los actos administrativos, única medida cautelar admitida en la ley de 1956. A su vez, los criterios de adopción de la suspensión de la Ley de 1956, si bien eran más favorables que los contenidos en la Ley de la Jurisdicción de 1888, resultaban insuficientes a la luz de las acuciantes necesidades de la justicia, así como de la evolución jurídica de otros ordenamientos vecinos, señaladamente el francés y el alemán. Por este motivo algunos autores habían insistido en la incorporación y consolidación del *farrus boni iuris* en el contencioso-administrativo español.¹³³²

¹³³² Sobre la evolución del régimen legal de la tutela cautelar en España, vid. el apartado II.1 del capítulo 5.

La Ley de 1998 admite la adopción de todo tipo de medidas cautelares, tanto frente a los actos administrativos como frente a los reglamentos. Algunos autores consideran que frente a los reglamentos sólo cabe la medida cautelar de suspensión, pero ello no es sino fruto de una desafortunada precisión procedimental incluida en el art. 129.2 LJ. Del articulado se deduce que el criterio determinante para la adopción de las medidas es la ponderación de intereses, categoría que alude a una adecuada valoración de los elementos tradicionales del *periculum in mora* y el *firmus boni iuris*. La Ley diferencia dos regímenes en función del objeto del recurso. Así, existe un régimen especial en los supuestos de inactividad de la Administración y de vía de hecho (art. 136 LJ), en el que se dota al *firmus* de un contenido específico, caracterizado por una presunción a favor de la ilegalidad de la actuación de la Administración. Ello comporta que la ponderación adquiere un matiz diferente en este tipo de supuestos, ya que existe un elemento que goza de un peso especial en la argumentación que ha de realizar el juez. El régimen general (art. 130 LJ) se aplica en todos los casos distintos de la inactividad y la vía de hecho, y en él tiene lugar la ponderación de intereses de corte clásico.¹³³³

En Francia, la reforma de las medidas cautelares operada en 2000 es la culminación de la evolución del Derecho Administrativo francés hacia un modelo más garantista, acorde con las exigencias de la tutela judicial efectiva. La *mentalité* a la que algunos autores no franceses han aludido se ha abierto hoy, además, a influencias foráneas que han pasado a formar parte de su propio ordenamiento jurídico. El nuevo Código de Justicia Administrativa, en vigor desde el 1 de enero de 2001, distingue dos grandes bloques de medidas cautelares, diferenciadas por el criterio (restringido) de la urgencia: los *référé*s de urgencia y los *référé*s ordinarios. Los primeros se dividen en *référé-suspension* (art. L. 521-1 CJA), *référé-liberté* (art. L. 521-2 CJA) y *référé-conservatoire* (art. L. 521-3 CJA), mientras que los segundos son el *référé-constatation* (art. R. 531-1 CJA), el

¹³³³ A la ponderación me refiero por extenso en el capítulo 9.

référé-instruction (arts. R. 532-1 y 532-2 CJA) y el *référé-provision* (art. R. 541-1ss. CJA). Entre todos ellos destaca el *référé-libéré* por su autonomía y por las especialidades que presenta su tratamiento procesal.¹³³⁴

Existe un criterio amplio de la urgencia que alude al peligro existente para las situaciones jurídicas en todo pleito debido al transcurso del tiempo. La versión restringida que se ha mencionado en el párrafo anterior hace referencia a la necesaria individualización del peligro concreto que se cierne sobre las situaciones jurídicas en cada litigio. El criterio restringido de la urgencia, que se equipara al del *periculum in mora*, presenta singular importancia para los tres tipos de medidas cautelares citadas en primer lugar, mientras que el *fumus boni iuris* se encuentra presente en todas las medidas, y de manera especial en alguno de los tipos de los *référés* ordinarios.

En Alemania, la doctrina ha criticado la inexistencia de un auténtico sistema de tutela cautelar, debido a lo que se ha denominado la *atomización* de la misma.¹³³⁵ La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1960 regula las medidas cautelares en dos preceptos diferenciados, los arts. 80 y 123, en función del tipo de recurso de que se trate. Así, en primer lugar, cabe la suspensión en los recursos de anulación, suspensión que en principio es automática. Ello no obstante, el efecto suspensivo automático se ha relativizado en los últimos tiempos, debido al número creciente de excepciones que se han ido estableciendo, tanto en la propia Ley de la Jurisdicción como en las leyes especiales. En segundo lugar, las órdenes provisionales pueden solicitarse y acordarse en otro tipo de recursos, entre los que destaca el recurso por inactividad. A pesar de las diferencias en la estructura de las medidas cautelares que el juez puede adoptar, existe un denominador común en todas ellas, cual es la ponderación de intereses. En fin, el art. 47 de la Ley de la Jurisdicción incluye previsiones específicas para los recursos

¹³³⁴ Sobre el régimen legal de la tutela cautelar en Francia, v. el apartado II.2 del capítulo 5.

¹³³⁵ Sobre el sistema alemán de tutela cautelar, v. el apartado II.3 del capítulo 5.

frente a reglamentos de los *Länder*, que se rigen, por tanto, por un procedimiento propio y diferenciado.

El epígrafe II del capítulo 5 ha presentado, por tanto, las características fundamentales del régimen legal de la tutela cautelar en diversos sistemas jurídicos. Se ha podido constatar cómo existen diversas soluciones equivalentes para un problema idéntico: la lentitud de la justicia. Dado que este problema es especialmente acuciante en ciertos sectores del ordenamiento, los poderes públicos han adoptado en los mismos regulaciones específicas en materia de tutela cautelar. Este es el caso, paradigmático, del Derecho del medio ambiente, el Derecho de extranjería y los tributos. Por esta razón, el epígrafe III da cuenta de dichas regulaciones especiales, que muestran cómo la tutela cautelar es objeto de la atomización a la que ya he hecho referencia. La atomización no es criticable si logra conciliar dos realidades: la necesidad de dar respuesta a los problemas específicos planteados en un concreto sector de la realidad y la seguridad que otorga la existencia de un sistema formado por principios de común aplicación independientemente del sector de referencia.

VI.- En el capítulo 5 se han planteado, por tanto, las líneas generales del régimen legal de la tutela cautelar. El capítulo 6, por su parte, entra en las cuestiones de mayor detalle y se adentra en los entresijos del procedimiento. El procedimiento comporta la puesta en práctica de la institución estudiada y, con ello, indica cuál es su aplicación real. Pese al carácter concreto de este capítulo, en él se plantean, además, cuestiones de índole general que, si bien se manifiestan en la tutela cautelar, responden a mutaciones del contencioso-administrativo. Entre estas cuestiones destaca el aumento de presencia e importancia del juez único, así como la ampliación de los poderes del juez.

La primera de las cuestiones que se desarrollan guarda relación con la organización judicial y alude al creciente protagonismo de la figura del juez único.¹³³⁶ Las recientes reformas de la jurisdicción contenciosa en los diversos ordenamientos han ampliado el ámbito de actuación del juez único, una figura denostada en la tradición jurídica occidental por cuanto, según el adagio, el juez único es un juez inicuo. Su mayor presencia se justifica en ciertos casos por motivos estrictamente económicos, tal y como se ha planteado en Alemania. En otros supuestos, como es la tutela cautelar, obedece a la necesidad de agilizar los procedimientos. La operatividad de dicha figura varía de unos ordenamientos a otros. Así, en Francia o Alemania el juez único es miembro de un colegio de jueces que ejerce funciones por delegación, pudiendo en todo caso remitir el asunto al colegio si presenta especial complejidad. De esta manera el adagio "juez único, juez inicuo" se relativiza. Esta relativización no tiene lugar en los órganos jurisdiccionales de primera instancia en España, ya que, a diferencia de otros ordenamientos, son unipersonales y no pertenecen a un colegio de jueces.

Tras la presentación del juez competente para conocer de las demandas de tutela cautelar y de los problemas que plantea el juez único, el epígrafe II del capítulo 6 se detiene en el análisis de la demanda de tutela cautelar. El contenido de esta demanda presenta unos perfiles que la diferencian de otro tipo de demandas y sus características derivan de los elementos definitorios de las medidas cautelares. Así, en ella ha de constar con claridad la dependencia (la *instrumentalidad*) de la pretensión con respecto al proceso principal. Ello ha llevado a que la instrumentalidad se considere en ocasiones una condición de admisibilidad de la demanda. Esta exigencia ha sido criticada en determinados ordenamientos, como es el francés, dado que redundaría en una mengua del análisis de la pretensión. En efecto, para el análisis de la instrumentalidad se ha de ahondar en el contenido del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, criterios ambos que constituyen los motivos de fondo de la demanda de tutela cautelar. Un análisis doble de

¹³³⁶ Vid. apartado I del capítulo 6.

los criterios, como condiciones de admisibilidad y como motivos de fondo, redundaría en perjuicio de la demanda y, en definitiva, menoscabaría los derechos procesales de los justiciables.

La demanda se ha de presentar en escrito separado, para garantizar la independencia (que no es incompatible con la instrumentalidad) de ambos procedimientos, el principal y el cautelar. En algunos supuestos la ley no exige la presentación de dicho escrito separado, y ello puede indicar que la institución afectada no es una medida cautelar, sino un proceso sumario o un medio de prueba regulado bajo la misma rúbrica que las medidas cautelares en sentido estricto.¹³³⁷

En ocasiones se admite la solicitud de medidas cautelares antes de la interposición del recurso. Son las medidas provisionalísimas, caracterizadas por una especial urgencia que impide esperar a la interposición del recurso principal, y que existen en todos los ordenamientos. Otro tipo de medidas que en ocasiones también reciben la denominación de "provisionalísimas" son las adoptadas durante el transcurso de un proceso cautelar en tanto no se resuelva la pretensión de la medida cautelar. Esta última variante se ha desarrollado en los últimos años, ante la incapacidad que han mostrado en ocasiones las medidas cautelares clásicas para satisfacer la necesidad de una justicia rápida. Pese a su indudable utilidad, entiendo que este tipo de medidas redundan en perjuicio del sistema en su conjunto, por cuanto el juez estará llamado a conocer en tres momentos diferentes (medidas provisionalísimas, medidas cautelares y proceso de fondo) de la misma cuestión.¹³³⁸

Otro de los debates generales en los que se ubica la tutela cautelar es, como decía, el crecimiento de los poderes del juez, debate que de ordinario se ha afrontado

¹³³⁷ A estas cuestiones me he referido en el capítulo 2.

¹³³⁸ Sobre la instrumentalidad y las medidas provisionalísimas, v. el apartado II.1 del capítulo 6.

desde el análisis de la discrecionalidad administrativa, su aplicación y sus límites.¹³³⁹ En el proceso cautelar el juez goza de una amplia libertad, por cuanto la normativa suele contener amplias fórmulas que permiten que el proceso se adapte a las circunstancias del caso concreto. El juez va configurando el proceso y apenas existen plazos concretos a los que deba atenerse. Si bien esta flexibilidad es exigida por el casuismo que preside la materia objeto de este estudio, la seguridad jurídica obliga a establecer pautas más claras.

El juez está vinculado por la demanda.¹³⁴⁰ Ello significa que no puede adoptar la medida cautelar que estime oportuna, sino sólo aquella que la parte haya solicitado. Si del relato fáctico se deduce que existe una institución cautelar aplicable al caso concreto, el juez habría de convocar a las partes a una audiencia para proponer la aplicación de dicha institución, pero no podría aplicarla *matu proprio*. Ello afecta, además, a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.¹³⁴¹ Así, ante un cambio de circunstancias, el juez no puede modificar la situación jurídica preexistente, sino que habrá de estar a lo solicitado por las partes.

Entre los poderes del juez cautelar (en este caso se podría, incluso, hablar de obligación) destaca, en fin, el de imponer cauciones o fianzas.¹³⁴² Con ello se neutralizan parcialmente los riesgos que genera la adopción de la medida y se suscita una cierta predisposición del juez para adoptarla. En relación con las garantías y los riesgos se encuentra, en fin, el delicado asunto de la responsabilidad por los daños

¹³³⁹ Los poderes del juez cautelar se detallan en el apartado III del capítulo 6.

¹³⁴⁰ Esta afirmación conecta con la cuestión de los poderes de oficio del juez, cuestión que es objeto de desarrollo en el apartado III.1 del capítulo 6.

¹³⁴¹ Sobre esta cláusula, v. el apartado III.2 del capítulo 6.

¹³⁴² El apartado III.3 se ocupa del sistema de contracautelas.

generados por la medida, asunto que no ha suscitado gran interés doctrinal hasta el presente. En otro orden de cosas, pero siempre en el ámbito de la responsabilidad, se ha de plantear la cuestión de las medidas cautelares solicitadas en el contexto de acciones de responsabilidad. En estos supuestos los jueces suelen mostrarse reacios a adoptar la medida, toda vez que la apreciación del *firmus* requeriría adentrarse en el concepto de daño que motiva la declaración de responsabilidad.

El capítulo 6 termina con el análisis de los recursos que caben contra los autos de medidas cautelares y que varían de unos ordenamientos a otros y de unas medidas cautelares a otras.¹³⁴³ Frente a la solución uniforme del Derecho alemán, que únicamente admite un tipo de recurso, el denominado *Beschwende*, en España existen diversas posibilidades - apelación, casación o súplica - en función del órgano jurisdiccional que haya dictado el auto. Por su parte, en Francia, la mayor parte de los autos son susceptibles de recurso de casación, con los límites que este tipo de recursos comporta. No obstante, en algún caso, como es el del *référé-liberté*, el recurso previsto por el legislador es el de apelación. En fin, en el Derecho comunitario, sólo cabe un tipo de recurso, el de casación.

En lo que respecta a los efectos de los recursos, los textos normativos suelen callar al respecto y por lo general se siguen las pautas que determinan la adopción de las medidas cautelares. En los ordenamientos que sí regulan este particular, como son el español y el comunitario, se prevé, de forma coherente con el sistema, la ausencia de efecto suspensivo del recurso interpuesto frente a un auto de adopción de una medida cautelar.

¹³⁴³ Vid. el apartado IV.

VII.- El capítulo 7 se ocupa de la primera de las condiciones de adopción de medidas cautelares, a saber: el *periculum in mora*. El *periculum in mora* es el peligro que comporta para los bienes y derechos en litigio el transcurso del tiempo necesario para dictar sentencia. Se encuentra, por tanto, en la esencia misma de las medidas cautelares. Otros elementos a tener en cuenta, como el *fumus boni iuris*, no excluyen el *periculum*, sino que lo complementan. En efecto, la apariencia de buen derecho ha de apreciarse respecto de situaciones que peligren debido a la mora procesal. Sólo con carácter excepcional uno de ambos criterios se aplicará de forma independiente respecto del otro. En lo que concierne a la ponderación de intereses, la conclusión es idéntica: la ponderación no excluye el *periculum* y el *fumus*, sino que los comprende. Es un mecanismo de argumentación en el que se contrastan el *periculum* y el *fumus* de cada una de las pretensiones.

Del *periculum* como característica definitoria de las medidas cautelares se derivan ciertas consecuencias procesales, que parcialmente ya se han mencionado. Así, en algunos ordenamientos la urgencia no es sólo un criterio de adopción de las medidas cautelares, sino también una condición de admisibilidad de la demanda. Además, es el elemento que justifica la adopción de medidas provisionales, esto es, aquéllas otorgadas antes incluso de la interposición de la demanda principal, o bien de medidas destinadas a paliar los efectos de un proceso cautelar de inusitada tardanza. Son las medidas cautelares sobre las medidas cautelares, una suerte de perversión del sistema, que redundará en una mayor lentitud global. En fin, de la urgencia también se deriva el complejo de contracautelas que cierran el modelo.

Pese al carácter central del *periculum in mora*, el legislador no le ha prestado toda la atención que merece. Ello es debido a que con carácter general la regulación de las medidas cautelares suele pecar de parquedad. Así, se menciona el tipo de medidas que al juez le está permitido adoptar y se precisan ciertos aspectos procedimentales, pero en

ocasiones no se indican los criterios que han de guiar a los aplicadores del Derecho para adoptar las medidas, o si se incluyen dichos criterios, no se explicita cuál es su contenido. Esta vaguedad conceptual ha sido paliada por la doctrina y la jurisprudencia. A ellas se ha de recurrir para determinar los perfiles de este concepto y conocer las consecuencias que se derivan de cada opción.

Existen diversas categorías jurídicas (*periculum in mora*, perjuicio, urgencia, daño) que remiten a una idéntica realidad, cual es el peligro que se cierne sobre determinadas situaciones jurídicas en el tiempo que ha de transcurrir hasta la obtención de una sentencia de fondo.¹³⁴⁴ En principio, resultaría indiferente emplear cualquiera de estos términos, dado que todos ellos se refieren a dicho peligro. Sin embargo, el uso que de uno u otro se realice en ocasiones no es inocente, de manera que se ha de analizar en cada caso si la elección responde a una finalidad específica. Así, por ejemplo, el concepto de daño es rechazado por algunos autores, en la medida en que presenta un vínculo con la acción de responsabilidad que puede perjudicar la pretensión del demandante. Por su parte, la urgencia puede aludir, como acaece en Francia, a una opción del legislador para diferenciar las medidas cautelares y atribuirles regímenes jurídicos también distintos. No obstante las anteriores precisiones, parece que el empleo de los diversos términos se realiza como si de sinónimos se tratara y remiten a una idea común, que es la definición del *periculum in mora* que se incluía al inicio del presente párrafo.

La determinación del perjuicio relevante a efectos de adoptar la medida cautelar sigue una estructura bifásica. Así, en primer lugar, se ha de realizar una subsunción del complejo fáctico en el concepto de perjuicio, para a continuación contrastar los diversos perjuicios que afecten a los intereses afectados por el pleito. Esta segunda fase constituiría la reiteradamente aludida ponderación de intereses.

¹³⁴⁴ Sobre dichas categorías, v. el apartado I.1 del capítulo 7.

Dado el casuismo que preside la tutela cautelar y, en concreto, el concepto de perjuicio, resulta difícil ofrecer una visión sistemática de su tratamiento en la jurisprudencia.¹³⁴⁵ Ello no obstante, sí se aprecian ciertas líneas de principio en lo que a las características de este criterio se refiere, en especial en el contexto de determinados ámbitos materiales. El esfuerzo sistematizador se observa, además, en la jurisprudencia inmediatamente posterior a la aprobación de nuevas leyes, como es el caso de la Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o el Código francés de Justicia Administrativa. Ello no obstante, en aquellos ordenamientos en los que de una u otra manera el perjuicio aparece oculto bajo fórmulas más amplias, como es la “apreciación objetiva de la urgencia” en Francia o la ponderación de intereses/ valoración sumaria en Alemania, la identificación de los contornos del perjuicio resulta harto difícil.

Las características del perjuicio se asemejan en los diversos ordenamientos, a pesar de que en algunos de ellos esta categoría no haya sido objeto de desarrollo jurisprudencial y doctrinal equiparable al existente en otros contextos. Con carácter general, sólo el perjuicio grave e irreparable permite adoptar la medida cautelar. En lo que a la gravedad se refiere, el perjuicio ha de ser cierto, real y material, descartándose por lo general los perjuicios de carácter afectivo. Además, se requiere que el perjuicio sea específico. Así, las alegaciones genéricas a los perjuicios causados a los intereses de las partes no justifican la adopción de la medida cautelar, y buena parte de las pretensiones se desestiman por considerar que la prueba y el nexo de causalidad no han sido objeto de una adecuada acreditación. Se ha de indicar, en fin, la especial relevancia que cobra la prueba, mediante la que se verifica el nexo de causalidad entre la mora procesal y el perjuicio. Buena parte de las demandas de tutela cautelar se desestiman por no haber quedado probado el perjuicio que pueda acarrear la mora procesal.¹³⁴⁶

¹³⁴⁵ Del tratamiento del perjuicio en la jurisprudencia se da cuenta en el apartado II.1 del capítulo 7.

¹³⁴⁶ A todas estas cuestiones se refiere, en detalle, el apartado II.2 del capítulo 7.

En aquellos ámbitos materiales en los que el juez ha estado llamado a pronunciarse de forma reiterada, existe un cuerpo de jurisprudencia más claro sobre las características del perjuicio y, en concreto, sobre la gravedad. Este cuerpo de jurisprudencia, como es el elaborado en materia de medio ambiente, puede resultar referencial para otros contextos, por su carácter completo y el análisis en profundidad que conlleva.¹³⁴⁷

La prevalencia del interés ambiental se determina, en ocasiones, acudiendo al tenor general de las normas, constitucionales o legales, que establecen prelaciones en abstracto.¹³⁴⁸ Esta determinación puede resultar criticable, toda vez que desaparece el nexo de causalidad entre la medida solicitada y el perjuicio que se trata de evitar. En otras ocasiones se trata de opciones legislativas concretas, plasmadas en normas procedimentales específicas para este ámbito material. Este es el caso, por ejemplo, de la suspensión automática en ausencia de estudio de impacto ambiental. En la medida en que estas normas procedimentales responden a opciones legislativas concretas para un sector material determinado, no parece que se haya de extrapolar su aplicación a otros ámbitos.

Existe una presunción a favor del interés ambiental, toda vez que éste se identifica con valores como la vida. No obstante, en ocasiones dicho interés no es prevalente. Ello suele ser debido a cuestiones de índole procedimental, como es la ausencia de urgencia, o la no acreditación mediante prueba adecuada de dicha urgencia.¹³⁴⁹ Otros datos, como el carácter tardío de la demanda, o bien la falta de

¹³⁴⁷ Al análisis del perjuicio en materia de medio ambiente se dedica el apartado II.3 del capítulo 7.

¹³⁴⁸ Vid. el apartado II.B del capítulo 7.

¹³⁴⁹ Vid. el apartado II.C del capítulo 7.

“representatividad” de quien la interpone con respecto al interés en litigio¹³⁵⁰, han llevado a los jueces a desestimar la pretensión.

El grado de análisis en los asuntos ambientales roza la exhaustividad, en especial en algunos ordenamientos, como es el alemán.¹³⁵¹ En este ordenamiento algún autor ha propuesto que se analicen todas las relaciones causales que puedan producirse. Sin embargo, proceder de esta manera en el proceso cautelar no redundaría sino en perjuicio del mismo, toda vez que eternizaría el conocimiento de la pretensión. En Francia o España los autos de medidas cautelares en materia ambiental son más reducidos, en consonancia con la construcción tradicional de los autos en otros sectores del ordenamiento. Presentan mayor automatismo, si bien es cierto que tras las reformas de la jurisdicción contencioso-administrativa operadas en ambos países el esfuerzo didáctico de las respectivas jurisprudencias es palmario.

Si la gravedad era la primera de las características del perjuicio, la segunda es la irreparabilidad, que ha sido identificada por algunos autores con la irreversibilidad. La irreparabilidad, como ocurría con la gravedad, ha de ser apreciada caso por caso, sin que quepa rechazar desde el principio los daños de carácter económico, en especial en un contexto como es el comunitario que surgió con este carácter. Tradicionalmente se ha considerado que el perjuicio no es irreparable si existe la posibilidad de resarcimiento económico o *in natura*. Sin embargo, con el tiempo se ha consolidado una línea de interpretación más garantista, que acepta que el perjuicio difícilmente reparable y el perjuicio económico, en ciertos casos, justifiquen la adopción de la medida cautelar. La clave de bóveda, de nuevo, es la prueba.¹³⁵²

¹³⁵⁰ Vid. el apartado II.D del capítulo 7.

¹³⁵¹ Vid. el apartado II.F del capítulo 7.

¹³⁵² Sobre la irreparabilidad, v. el apartado II.4 del capítulo 7.

VIII.- El capítulo 8 se adentra en el estudio de la segunda condición de adopción de las medidas cautelares: el *fumus boni iuris*. El *fumus boni iuris* es, reitero, una de las condiciones de adopción de las medidas cautelares que fue identificada en su día por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como criterio a tener en cuenta por los jueces nacionales en los supuestos de aplicación del Derecho comunitario. Se trata de un elemento que goza de tradición en los ordenamientos internos, si bien sus contornos y su ámbito de aplicación difieren en unos casos y en otros. Pese a existir desde el momento en que surgen las medidas cautelares como instrumentos al servicio de la protección provisional de *situaciones jurídicas*, ha cobrado especial relevancia en el debate doctrinal más reciente.

Con la insistencia en la relevancia del *fumus*, en primer lugar, se pretende dotar de más peso a las alegaciones de las partes en la ponderación de intereses que ha de realizar el juez. En segundo lugar, dicha insistencia puede interpretarse como una necesidad de repensar la prohibición de prejuzgar el fondo. Así, la tutela judicial efectiva puede justificar que el juez de las medidas cautelares adopte resoluciones que hayan de condicionar necesariamente el fondo del asunto. En ocasiones, incluso, cabría la posibilidad de transformar el juicio cautelar en juicio de fondo si las características del caso así lo justifican.¹³⁵³

La relevancia del *fumus*, en consecuencia, viene dada tanto por imperativo comunitario como por insistencia doctrinal desde diversos frentes. Sin embargo, esta categoría jurídica no recibe un tratamiento homogéneo desde el punto de vista comparado o, incluso, en cada uno de los ordenamientos. En efecto, existen diversas

¹³⁵³ Estas cuestiones se enuncian en la Introducción al capítulo 8, así como en las primeras líneas del apartado I, y se detallan más adelante, en el mismo capítulo.

denominaciones que en ocasiones remiten, asimismo, a un tratamiento jurídico diferente.

El concepto de *fumus*, a diferencia del perjuicio, tardó en aparecer en la legislación, la jurisprudencia e, incluso, la doctrina.¹³⁵⁴ Pese a existir desde los orígenes de la tutela cautelar, su conceptualización específica no acaece hasta 1938 en Francia, e incluso hoy algunas legislaciones contencioso-administrativas, como la española, no lo mencionan de forma expresa en su articulado. En efecto, la Ley de la Jurisdicción de 1998 no incluye la expresión "*fumus boni iuris*", aunque se ha de indicar que la ausencia de la denominación no comporta la inexistencia del criterio. Así, el *fumus* es un elemento inescindible del perjuicio, toda vez que dicho perjuicio ha de ser evaluado respecto de una situación jurídica protegible, y la constatación (provisional) de la existencia de una situación de estas características no es sino el análisis del *fumus*.

El procedimiento para realizar dicha constatación puede variar en función del concepto de *fumus* que se maneje, pero el hecho es que debe existir, tal y como exige la propia definición de las medidas cautelares. Esta última afirmación contrarrestaría, además, el miedo que manifiesta algún sector de la doctrina francesa respecto del *fumus*, por entender que éste no es sino un mecanismo de protección de las prerrogativas tradicionales del poder público.¹³⁵⁵ La razón de ser de este temor obedece a la propia estructura del contencioso y de las medidas cautelares en el país galo. Así, *fumus* y perjuicio se han considerado tradicionalmente condiciones cumulativas, de manera que, de no concurrir una de ellas, se desestimaba la demanda cautelar. Además, el juez rara vez admitía que las alegaciones del particular fuesen lo suficientemente sólidas como para vencer provisionalmente el privilegio de la decisión ejecutoria, regla fundamental

¹³⁵⁴ Sobre la evolución del concepto del *fumus* y su incorporación en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, v. el apartado I.2 del capítulo 8.

¹³⁵⁵ El apartado I.3 analiza el significado del *fumus*, que se sitúa entre su concepción como elemento de protección de los poderes públicos y de protección de las garantías individuales.

del Derecho Público en Francia. Esta visión del *fumus* difiere de la existente en otros ordenamientos, en los que el *fumus* se ha presentado por la doctrina como una garantía para los derechos de los particulares. En fin, dicha visión entiendo ha de quedar matizada con la consolidación del criterio de la ponderación de intereses, con el que se pretende hacer frente, precisamente, a la existencia de apriorismos como el indicado.

La diversidad de acepciones del *fumus* se refleja, por otra parte, en la existencia de formulaciones diferentes atendiendo a ámbitos materiales o procesales también distintos.¹³⁵⁶ Así, por ejemplo, la Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa incluye dos tipos de *fumus*, uno más agravado que otro, según se trate de las medidas cautelares ordinarias o de las medidas cautelares adoptadas en los supuestos de vía de hecho o de inactividad de la Administración. Por su parte, en Alemania, el derecho de extranjería o de asilo político siguen un régimen jurídico diferente que se manifiesta, asimismo, en la apreciación del *fumus boni iuris*.

La inseguridad que genera la situación expuesta es patente. Por ello resulta necesario identificar una serie de parámetros que permitan al juez y a las partes disponer de elementos que ayuden a preparar y desarrollar el proceso. La identificación de dichos parámetros habría de venir dada, además, por el propio Derecho Administrativo. Ello es debido a que el *fumus* es el criterio en el que de forma más clara se manifiesta la relación entre Derecho Procesal y Derecho sustantivo, en la medida en que con él se insiste en la protección procesal de situaciones jurídicas derivadas de dicho Derecho sustantivo. Así, una adecuada protección provisional de las situaciones jurídicas afectadas requiere tener en cuenta el contexto jurídico en el que se han gestado, contexto que no es otro que el sector jurídico-administrativo de referencia.

¹³⁵⁶ Vid. apartado I.4 del capítulo 8.

Para identificar los parámetros de aplicación del *firmus* resulta necesario partir de su tratamiento en la jurisprudencia. Así, el *firmus* es un criterio que no suele aparecer de manera independiente, sino que pone de manifiesto una suerte de relación vicarial con la urgencia. Ello es lógico, toda vez que el perjuicio generado por la mora procesal se ha de apreciar en función de las situaciones jurídicas que se pretenden proteger. El *firmus* es, además, y reiterando, uno de los elementos que integran la denominada ponderación de intereses, que no es sino una determinada valoración del *periculum* y el *firmus*. Sin embargo, pese a la evidente relación del *firmus* con la ponderación, el criterio ha de ofrecer un contenido propio. Para ello pudiera resultar de interés el recurso a la teoría de las nulidades de los actos administrativos, teoría que ha servido de sustento al juez español para dotar de significado al *firmus*. Existen algunos ejemplos en otras jurisprudencias que indican la relación entre ambas instituciones, el *firmus* y la nulidad, pero es el Derecho español el que ofrece mayores ejemplos al respecto.¹³⁵⁷

La aplicación de la teoría de las nulidades se realiza en diversos sentidos. Así, el juez puede acudir a las características que configuran la nulidad para determinar la concurrencia del *firmus*. O bien puede considerar que sólo si existen pronunciamientos previos de nulidad de normas que afecten al caso concreto, o que guarden relación material con el mismo, cabe entender que existe *firmus*. Con vistas a la creación de un Derecho Administrativo Europeo en la materia habría de insistirse en las diferencias que presenta la categoría de la nulidad en los distintos ordenamientos.¹³⁵⁸

En relación con el *firmus* se plantea, en fin, la cuestión relativa al perjuicio de la cuestión de fondo, perjuicio que, como decía, resulta inevitable en determinados asuntos, de manera que en los últimos años la prohibición ha comenzado a relativizarse.

¹³⁵⁷ Sobre el *firmus* y la teoría de las nulidades, v. el apartado II.2 del capítulo 8.

¹³⁵⁸ Sobre los distintos conceptos de nulidad existentes en los diversos ordenamientos, v. el apartado II.2.A del capítulo 8.

De hecho, en algunas legislaciones, como la francesa, se ha optado por eliminarlo en determinados supuestos.¹³⁵⁹

No existe unanimidad sobre el contenido del prejuicio del fondo. La coincidencia entre la resolución cautelar y la de fondo deriva de la característica de la instrumentalidad y no ha de considerarse, en principio, negativa. Tampoco puede entenderse que el prejuicio del fondo hace referencia a los efectos de cosa juzgada, como se ha sostenido por algún sector de la doctrina francesa, ya que dicho efecto es una consecuencia procesal que atribuye el legislador, pero que no afecta al contenido mismo de dicha resolución. En general puede entenderse que la prohibición de prejuzgar el fondo alude a la mayor o menor exhaustividad requerida a las partes en sus alegaciones, así como al juez en motivación. Ello conecta con la mutación de la naturaleza de las medidas cautelares y, en concreto, con el creciente protagonismo de los procesos sumarios. Además, señala la importancia del criterio de la ponderación de intereses, que se ha consolidado ya como el eje en torno al cual se configura la tutela cautelar moderna.

IX.- Con la ponderación de intereses, desarrollada en el capítulo 9, se cierra el presente trabajo de investigación. La ponderación de intereses, sin embargo, no es sino una reformulación de una categoría previamente existente, pasada por el tamiz de una nueva concepción del contencioso y del Derecho Administrativo en general, así como de ciertas teorías de las normas. El concepto de ponderación de intereses ha alcanzado una inusitada posición en la literatura jurídica, de manera que algún autor se ha referido al "Estado de la Ponderación". Sin llegar a emplear tal calificativo, entiendo que con la creciente relevancia del criterio se está indicando un cambio de perspectiva. Fenómenos

¹³⁵⁹ El prejuicio del fondo es objeto de atención detallada en el apartado III del capítulo 8.

ya existentes se observan desde nuevos prismas, dotándoles de significados diferentes a los que poseían con anterioridad.¹³⁶⁰

La ponderación en la tutela cautelar remite a un especial modo de valorar los criterios del *periculum in mora* y del *fianus boni iuris*, criterios intrínsecamente relacionados entre sí. Se trata de un mecanismo de argumentación que remite indirectamente a las teorías elaboradas por autores como DWORKIN, ALEXYY o ATIENZA en alusión a las normas que no admiten una subsunción en sentido clásico.¹³⁶¹ Conecta, además, con la decadencia del método conceptual, ante una realidad compleja que rechaza verse encorsetada en los estrechos límites de las categorías. Si bien la teoría de la ponderación de intereses procede del ámbito privado, pronto comenzó a ser utilizada por el juez para maximizar los postulados constitucionales. Más adelante, también lo ha incorporado el Derecho Administrativo.

De la obra de DWORKIN interesa su llamada de atención sobre ciertas normas que no admiten una aplicación en forma de disyuntiva, sino que dicha aplicación, en caso de conflicto, resulta más compleja. En la tutela cautelar se plantea este tipo de problemas, toda vez que la medida adoptada ha de guardar un equilibrio entre dos principios con cobertura constitucional y que remiten a elementos básicos del concepto de Estado: la eficacia de la actividad administrativa y la efectividad de la tutela judicial.

ALEXYY, por su parte, enlaza con las teorías axiológicas, pero se mantiene apegado al Derecho positivo. Ello le lleva a tratar de establecer criterios claramente identificables para realizar la ponderación de normas de derecho fundamental, de manera que el juez se vea sometido a unos parámetros seguros a la hora de resolver un caso. El establecimiento de reglas de prevalencia condicionada, que se obtienen tras la

¹³⁶⁰ Sobre la ponderación de intereses y los cambios de paradigma, v. la Introducción al capítulo 9.

dotación de peso a los diversos intereses y la ponderación entre ellos, coadyuvaría a la predicción del resultado. Este modelo teórico (reformulado por ATIENZA y RUIZ MANERO) ha de ser completado con las exigencias de concordancia práctica propuestas por HESSE, para tratar de evitar que una de las situaciones jurídicas quede por completo sin aplicación.

El modelo propuesto por ALEXY podría resultar útil para la tutela cautelar, toda vez que los autos suelen pecar de generalidad y ausencia de motivación, y dado que en el proceso cautelar también se ha de realizar una ponderación. En efecto, en dicho proceso se han de ponderar dos eficacias: la de la acción administrativa y la de la sentencia final. Ambas remiten a principios o valores de rango constitucional y se ubican en dos manifestaciones del Estado: el Estado Social y el Estado de Derecho. La atribución de peso específico a cada uno de los extremos de la balanza, a cada una de las eficacias, viene dada de la mano de los criterios del *periculum* y del *firmus*. Con esta confrontación de principios, uno de ellos adquirirá más peso en el caso concreto, estableciéndose reglas de prevalencia condicionada. Estas reglas pueden derivar, en ciertos supuestos, de opciones legislativas concretas previamente establecidas en determinados sectores del ordenamiento, como es el medio ambiente. En fin, para evitar el desplazamiento absoluto de una de las situaciones jurídicas en conflicto, se prevé un sistema de garantías y contracautelas.

Las medidas cautelares constituyen "casos difíciles" tanto por la indeterminación en el complejo normativo como por la indeterminación en el complejo fáctico.¹³⁶¹ En estas circunstancias el juez suele acudir a razones metajurídicas para adoptar su decisión. Entre estas razones destacan los principios constitucionales, alegados preferiblemente tras su incorporación a los textos legales, en los que se plasman

¹³⁶¹ Por ello el apartado I del capítulo 9 alude a la ponderación de intereses en el contexto de la teoría de la argumentación.

¹³⁶² V. al respecto el apartado I.2 del capítulo 9.

opciones normativas concretas y se elimina la indeterminación. Otro tipo de razones metajurídicas que cobran especial importancia en el proceso cautelar son las prosaicas pero imprescindibles reglas de la prueba.

La ponderación es el mecanismo de argumentación que permite encontrar la norma aplicable al caso concreto. A pesar de que su aire de familia con la proporcionalidad es evidente, se trata de categorías diferenciadas. Así, si bien es cierto que en ocasiones la ponderación puede comportar como paso previo la verificación de la proporcionalidad de la acción administrativa, esto no siempre es necesario. Además, incluso cuando la proporcionalidad se emplea como instrumento de identificación de la norma aplicable, este instrumento no presenta carácter exclusivo, de manera que el juez puede acudir a otros criterios de identificación. En fin, la ponderación, a diferencia de la proporcionalidad, presenta un perfil eminentemente procedimental, como procedimental es en principio su control por los órganos jurisdiccionales.¹³⁶³

La ponderación de intereses es un criterio que de forma expresa o implícita existe en todos los ordenamientos objeto de la comparación. En España se recoge expresamente en el art. 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que es la culminación de una evolución jurídica en este sentido. Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aporta datos de interés que habrán de ser tenidos en consideración por los jueces del contencioso-administrativo.¹³⁶⁴

En Francia, durante largo tiempo, la ponderación de intereses se identificó con las cláusulas de salvaguarda del interés público, relacionándose por la doctrina con los

¹³⁶³ V. el apartado I.3 del capítulo 9, en el que se realizan precisiones terminológicas y conceptuales. En especial, se presenta la relación entre la ponderación y la proporcionalidad.

¹³⁶⁴ Vid. el apartado I.4.A.a del capítulo 9.

ingentes poderes discrecionales del juez en este ámbito. La jurisprudencia del Consejo de Estado en aplicación del nuevo régimen del *référé*, en vigor desde el 1 de enero de 2001, ha incorporado el criterio de la ponderación de intereses mediante la fórmula de la "aplicación objetiva de la urgencia". Con ella se refiere fundamentalmente a una ponderación de perjuicios, en la que el *fumus* contribuye a delimitar la urgencia.¹³⁶⁵

El Derecho Administrativo alemán goza de precedentes de la ponderación de intereses en el s. XIX. De hecho, se trata de una categoría jurídica firmemente asentada en este ordenamiento que responde, según algún autor (WIESELER), a la intención de terminar con una concepción autoritaria de la suspensión de los actos administrativos, para de este modo permitir la entrada a un modelo en el que todos los intereses reciban adecuada atención. La ponderación, que tiene lugar tanto en la suspensión como en la adopción de las órdenes provisionales (pese a ciertas críticas en la doctrina), es reflejo, además, de la impronta de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal sobre la materia.¹³⁶⁶

El Derecho comunitario, como el Derecho francés, no recoge el criterio de la ponderación de intereses en el Derecho positivo. Se trata de una creación jurisprudencial que ha tardado algunos años en consolidarse. Los modelos identificados por la doctrina parecen haber sido el Tribunal Internacional de Justicia y el Derecho inglés. Si bien en el primer caso puede considerarse que la influencia deriva del hecho de ser ambos órganos jurisdiccionales creados en el seno de organizaciones internacionales, la impronta del Derecho inglés presenta mayor relevancia, dado que en él la ponderación de intereses, o *balance of convenience*, es un mecanismo ampliamente utilizado.¹³⁶⁷

¹³⁶⁵ Vid. el apartado I.4.A.b del capítulo 9.

¹³⁶⁶ Vid. el apartado I.4.A.c del capítulo 9.

¹³⁶⁷ Vid. apartado I.4.A.d del capítulo 9.

Al igual que acaece en otros ordenamientos, en Derecho comunitario también coexisten dos versiones de la ponderación de intereses: una que conecta con las cláusulas de salvaguarda del interés público y otra que no es sino el mecanismo de argumentación al que se ha hecho referencia. Esta última versión es la que se está consolidando en la jurisprudencia sobre tutela cautelar.

La expresión “ponderación de intereses” es, por tanto, un mecanismo de argumentación que, en lo que respecta a la tutela cautelar, permite integrar los criterios del *periculum* y del *fumus*. Sin embargo, la ponderación de intereses es algo más. Con ella también se alude a una nueva concepción del Derecho Administrativo, caracterizado por la presencia de una pluralidad de intereses, públicos y privados, que en ocasiones compiten entre sí.¹³⁶⁸ En esta nueva concepción del Derecho Administrativo tiene cabida, además, un nuevo modelo de control jurisdiccional de las Administraciones Públicas, que pudiera considerarse un híbrido de los clásicos modelos objetivo y subjetivo de control jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

Uno de los elementos de esta nueva concepción del Derecho Administrativo es la teoría de la “heterogeneidad de los intereses públicos”, desarrollada especialmente a partir de los años 70 del siglo XX y que contribuye a relativizar el contenido tradicional del concepto de interés público.¹³⁶⁹ El Derecho ha de articular los mecanismos para identificar y proteger todos los intereses, bien desde un punto de vista organizativo (GIANNINI), bien desde el punto de vista del proceso (HÄBERLE). GIANNINI desarrolla su teoría de la pluralidad de los intereses públicos en el contexto de la teoría de la organización. Con el surgimiento de la sociedad de clases, sostiene el autor

¹³⁶⁸ Esta cuestión se desarrolla en el apartado II del capítulo 9.

¹³⁶⁹ Sobre esta teoría, v. el apartado IIA del capítulo 9.

italiano, surgen nuevos intereses que han de ser tenidos en cuenta por el Estado. Para que sean tenidos en cuenta han de estar organizados, bien en estructuras jurídico-públicas, bien en estructuras de carácter privado pero de alcance público, como son las asociaciones. A todas estas cuestiones ha de dar respuesta el Derecho. Por su parte, HÄBERLE analiza la cuestión de la pluralidad de intereses desde el punto de vista del proceso. El proceso en HÄBERLE no es únicamente el proceso jurisdiccional, sino todo proceso de creación del Derecho. Dicho proceso lo concibe el profesor alemán como un lucha de intereses públicos y privados. De la misma manera que en el caso anterior el Derecho había de configurar la organización que diera cabida a la pluralidad de intereses, en el presente supuesto se han de determinar las condiciones de participación de los intereses en el proceso, así como la capacidad de influencia en el desarrollo del mismo.

Las alusiones al interés público o general en la tutela cautelar son frecuentes, tanto en el Derecho positivo como en la jurisprudencia. Este concepto ha de ser concretado en cada caso concreto, pese a la existencia de ciertas opiniones o pronunciamientos jurisprudenciales que no lo consideran necesario. Se ha de indicar cuál es el específico interés público, distinto de la ejecutividad que con carácter general justifica la actuación administrativa, que se opone a la pretensión de adopción de una determinada medida cautelar.¹³⁷⁰

Entre las alusiones al concepto de interés público en la tutela cautelar destaca su uso como "correctivo" de la medida cautelar solicitada, una vez confirmada la concurrencia del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Este tipo de correctivos gozan de tradición en el ámbito privado y se suelen justificar aludiendo al concepto de justicia. Sin embargo, parece que la reciente evolución de la tutela cautelar, en el sentido

¹³⁷⁰ V. al respecto el apartado II.2 del capítulo 9.

indicado en las líneas precedentes, permiten confiar en un paulatino abandono de este criterio corrector.¹³⁷¹

La memoria de tesis ha tratado de ofrecer un conjunto de elementos de reflexión para un eventual Derecho Administrativo Europeo y, en concreto, para un modelo europeo de tutela cautelar. Partiendo de la jurisprudencia prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre tutela cautelar, se han identificado las carencias más importantes en el mismo. La respuesta a dichas carencias puede venir dada del estudio comparado de los Derechos de los Estados Miembros y, por ello, en la presente investigación se han estudiado tres modelos nacionales: el español, el francés y el alemán. Además de las características generales de cada sistema, determinadas por el contexto constitucional y el régimen legal de cada uno de ellos, se han individualizado aquellas cuestiones que requerían una atención pormenorizada. Por esta razón, el procedimiento y las condiciones de adopción de las medidas cautelares (el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*) han sido objeto de tratamiento individualizado en los capítulos correspondientes. En fin, la ponderación de intereses, que entiendo es el eje de la moderna tutela cautelar, cierra el presente trabajo de investigación, enunciando sin embargo otras cuestiones que pudieran constituir estudios autónomos en otro momento.

En conclusión, la identificación del Derecho Administrativo Europeo sólo puede venir dada de la mano de la comparación de los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales. Dicha comparación, además, ha de ser realizada con cautela, toda vez que se ha de tener especial consideración del contexto histórico, político y social que ha determinado cada regulación. A pesar de dichas diferencias de contexto, no obstante, sí puede constatar la existencia de ciertos principios de común aplicación en el ámbito europeo. Este es el caso, señero, de la tutela cautelar, ámbito concreto del

¹³⁷¹ Sobre el interés público como correctivo de la resolución cautelar, v. el apartado II.3 del capítulo 9.

proceso contencioso-administrativo, pero materia de índole más general en la que convergen principios constitucionales diversos, que protegen intereses asimismo diversos.

Santander, agosto de 2003.

BIBLIOGRAFÍA

La presente bibliografía es un compendio de las obras citadas en la memoria de tesis doctoral. Las lecturas realizadas durante este periodo han sido abundantes y, desde luego, más numerosas que las expuestas a continuación. Sin embargo, esta bibliografía se concibe como un instrumento para el lector y, por ello, sólo encontrará aquí, reitero, las referencias incluidas en el trabajo de investigación.

Con carácter general he de indicar que la selección de las fuentes ha resultado especialmente ardua, dado el carácter comparado de este estudio. Las bases de datos actualmente existentes ofrecen listas interminables de referencias más o menos pertinentes. En muchas ocasiones he prescindido de buena parte de dichas referencias, extrayendo únicamente aquellas que resultaban de singular relevancia para cada cuestión planteada. En determinados apartados del aparato de notas, además, he incluido algunos comentarios a la selección bibliográfica realizada.

Las posibilidades de la informática para el acceso a las fuentes se manifiestan en el espacio abierto infinito que es internet. Las direcciones de sitios internet que se ofrecen en el texto están actualizadas hasta la fecha de finalización del presente texto (agosto de 2003). Si se diera el caso de que la información que un día estuvo en un sitio internet ha dejado de estar en el mismo, lo he señalado. Este exceso de información que, además, caduca y se volatiliza con cierta rapidez, es un problema añadido en el acceso a las fuentes y el tratamiento de las mismas.

Pese a la abundancia de referencias, existen ciertas monografías que pueden considerarse los pilares doctrinales de la tutela cautelar contencioso-administrativa en cada ordenamiento jurídico. A pesar de que su carácter basilar se deduce de las indicaciones que he ido realizando en el aparato de notas, he optado por marcarlas con un asterisco en la lista que sigue a continuación.

- ABRAHAM, R., *Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe*, EPLR, 9 (1997), pp. 577ss.
- ABRAHAM, R., *L'avenir de la voie de fait et le référé administratif*, en "L'Etat de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant", Dalloz, Paris, 1996, pp. 1ss.
- ABRAHAM, R., *Les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, RFDA, 1988, pp. 207ss.
- ALBORS-LLORENS, A., *Comentario a la sentencia T. Port*, CMLR 1998, pp. 227ss.
- ALCANTARILLA HIDALGO, F.J., *La revisión casacional de la tutela contencioso-administrativa*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 496, 26 de julio de 2001, pp. 1ss.
- ALEXY, R., en SCHILCHER/KOLLER/FUNK (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000, pp.31ss.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª reimpresión, 2001 [original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, 1986].
- ALLEN, T./ANDERSON, B., *The Use of Comparative Law by Common Law Judges*, Anglo-American Law Review 23 (1994), pp. 435ss.
- ALLEWELDT, R., *Die Menschenrechtsbeschwerde gegen Asylentscheidungen im Flughafen- oder Schnellverfahren*, NVwZ, 1996, pp. 1074ss.
- ALONSO GARCÍA, R., *El soft law comunitario*, RAP 154 (2001), pp. 63ss.
- ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001.
- ALTER, K., *Explaining National Courts Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, en A.-M. SLAUGHTER/A. STONE SWEET/J.H.H. WEILER (eds.), "The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence", Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 227ss.
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J.M./ GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano, 1998.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en el Derecho Público*, Madrid, Civitas, 1996.
- ANCEL, M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Éditions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971.

- ARDOZ SANTISTEBAN, X., *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Vitoria, 1998.
- ARNULL, A., *The Evolution of the Court's Jurisdiction under Article 177 EEC*, ELRev 18 (1993), pp. 129ss.
- ARRIGHI DE CASANOVA, J., *Le Code de justice administrative*, AJDA 7-8 (2000), pp. 639ss.
- ATIENZA, M./ RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996 [Traducción al inglés con el título *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer, Dordrecht, 1998].
- ATIENZA, M., *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1997.
- ATIENZA, M., *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, REDA 85 (1995), pp. 5ss.
- ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1991.
- ATIENZA, M./ RUIZ MANERO, J., *Sobre principios y reglas*, DOXA 10 (1991), pp. 101ss.
- AUBY, J.-B., *Globalisation et droit public*, en "Mélanges Marcel Walline", Dalloz, París, 2002.
- AUBY, J.-B., *Le droit administratif européen: entre l'observation et l'hypothèse*, AJDA 1996, pp. 189ss.
- AA.VV., *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, CERIC/La documentation française, París, 2000.
- BAADE, H., *Comparative Law and the Practitioner*, American Journal of Comparative Law 31 (1983), pp. 499ss.
- BABADJI, R., *Le sursis à exécution pour absence d'étude d'impact*, RJE 3 (1992), pp. 313ss.
- BACHOF, O., *Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozessrecht*, NJW 49, pp. 328ss.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999.*

- BACIGALUPO SAGGESE, M., *Discrecionalidad administrativa. La estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, RAP 128 (1992), pp. 413ss.
- BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995.
- BARCELONA LLOP, J., *¿Pero de verdad existe la tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo?*, en "Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez", Universidad de Cantabria-Facultad de Derecho, Santander, 1993, vol. I, pp. 89ss.
- BARING, M., *Die einstweilige Verfügung im Verwaltungsverfahren*, ZBR 54, pp. 44ss.
- BARNÉS, J., *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, en "Cuadernos de Derecho Público", nº 5, 1998, "El principio de proporcionalidad", INAP, pp. 15ss.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La tutela judicial efectiva en la Constitución alemana*, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (ed.), "La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez", Civitas, Madrid, 1993, pp. 429ss.
- BARONA VILAR, S., *Las medidas cautelares: introducción*, en "Las medidas cautelares", CGPJ, Madrid, 1993.
- BARRIOS DE ANGELIS, D., *Muerte y resurrección del conflicto*, Revista de Derecho Procesal 1 (2000), pp. 7ss.
- BATTIS, U., *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht*, DÖV 2001, pp. 988ss.
- BEHRENS, P., *Der Faktor Zeit im Prozeß der Rechtsfindung*, NWVBl, 1996, pp. 121ss.
- BELADÍEZ, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 261ss.
- BELL, J., *La comparaison en droit public*, en "Mélanges en l'honneur de Dennis Tallon. D'ici et d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit", Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 33ss.
- BELL, J. (y otros), *Principles of French Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.
- BERKEMANN, J., *Das Bundesverfassungsgericht und "seine" Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik*, DVBl 1996, pp. 1028ss.

- BERKEMANN, J., *Das "verdeckte" summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, JZ 4 (1993), pp. 161ss.
- BERKEMANN, J., *Comentario al artículo 32 BVerfGG*, en D.C. UMBACH/T. CLEMENS (eds.), "Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch", Heidelberg, C.F. Müller, 1992.
- BERKEMANN, J., *Comentario al artículo 32 BVerfGG*, en D. C. UMBACH/Th. CLEMENS (dirs.), "Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch", C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 565ss.
- BERMANN, G. A., *Comparative Law in Administrative Law*, en "L'État de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant", Dalloz, Paris, 1996, pp. 29ss.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- BERNHARDT, R., *Interim measures indicated by international courts*, Springer, Berlin, 1994.
- BERRANG, Th., *Vorbeugender Rechtsschutz im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Nomos, Baden-Baden, 1994.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, CEC, Madrid, 1992.
- BETTERMANN, K.A., *Sofortiger Vollzug und Erfolgsaussichten der Anfechtung*, DVBl 1976, pp. 64ss.
- BEVERIDGE, F./ NOTT, S., *A hard look at soft law*, en P. CRAIG/C. HARLOW, "Lawmaking in the European Union", Kluwer, Dordrecht, 1998, pp. 285ss.
- BICKEL, H., *Vorläufiger Rechtsschutz und materielles Verwaltungsrecht*, DÖV 1983, pp. 49ss.
- BIGOT, G., *Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 (Définir le droit administratif / 1)*, RFDA 19 (2003), pp. 218ss.
- BLAGOJEVIC, B., *Le droit comparé - méthode ou science*, RIDC, 1953, pp. 649ss.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *Consideraciones sobre la planta de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Modelo español y modelos comparados*, Revista Jurídica de Cantabria, 1 (2002), pp. 63ss.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *Comentario a la modificación de la LOPJ (Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio)*, en "Comentario a la LJCA de 1998", REDA 100 (1998), pp. 977ss.

- BONNEAU, H., *Le nouveau référé en matière fiscale*, D. 1961, chron. 7.
- BONNOR, P., *The European ombudsman : a novel rule-source in Community administrative law*, Tesis del Instituto Universitario Europeo, Florencia 2001.
- BORCHARDT, G., *The award of interim measures by the European Court of Justice*, CMLR, 1985, pp. 203ss.
- BOUAZZA ARIÑO, O., *Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, RAP 160 (2003), pp. 167ss.
- BREEN, E., *Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif*, RFDA 18 (2002), pp. 232ss.
- BUISSON, B., *Le sursis au paiement de l'impôt*, Tesis, París II, 1993
- BURI, E., *Einstweilige Anordnungen – einstweilige Verfügungen – in Anfechtungssachen*, DÖV 57, pp. 100ss.
- BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi, Elcano, 2001.
- BUSTILLO BOLADO, R.O., *Eficacia de los actos de gravamen y tutela judicial efectiva. A propósito de la STC 78/1996, de 20 de mayo*, RAP 143 (1997), pp. 285ss.
- CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Pádova, 1936.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992
- CALOT ESCOBAR, A., *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva. La necesaria desconfianza ante la falsa claridad de las normas comunitarias (los malos entendidos de un derecho plurilingüe)*, en "Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva", Consejo General del Poder Judicial/Gobierno Vasco, Vitoria, 1995, pp. 261ss.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, RAP 149 (1999), pp. 105ss.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M. (dir.), *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999.*
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., *La tutela de los derechos con origen en el ordenamiento comunitario*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), "Medidas

- cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa", CGPJ, Madrid, 1999, pp. 69ss.
- CANOR, I., *Harmonizing the European Community's Standard of Judicial Review*, EPL 8 (2002), pp. 135ss
 - CAPPELLETTI, M. (ed.), *Access to justice*, Giuffrè, Milano, 1978.
 - CARANTA, R., *Learning from our neighbours: Public Law Remedies - Homogenization from Bottom Up*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), pp. 220ss.
 - CARBONELL PORRAS, E./ MUGA MUÑOZ, J.L., *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996
 - CARRILLO SALCEDO, J.A., *La recepción del recurso contencioso-administrativo francés en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1958.
 - CASES PALLARÉS, L., *La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo*, REDA 76 (1992), pp. 674ss.
 - CASSESE, A., *International law in a divided world*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
 - CASSESE, S., *El espacio jurídico global*, Lección magistral del Excmo. Sr. D. Sabino Casseese en el solemne acto de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002.
 - CASSESE, S., *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*, Montchrestien, París, 2000.
 - CASSESE, S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, en MP. CHITI/ G. GRECO, "Tratatto di Diritto Amministrativo Europeo", Giuffrè, Milán, 1997, pp. 3ss.
 - CASSESE, S., *Le basi del Diritto Amministrativo*, Einaudi, Garzanti, Milán, 6ªed., 2000. Traducción española de Luis ORTEGA, INAP, Madrid, 1994.
 - CASSESE, S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bolonia, 1971.
 - CASTILLO DAUDÍ, M., *La aportación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la política comunitaria del medio ambiente*, en M. PÉREZ GONZÁLEZ y otros (dirs.), "Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco", Tecnos, Madrid, 1993, pp. 827ss.
 - CHAGNOLLAUD, D./ QUERMONNE, J.-L., *La Ve République, Vol. 1. Le régime politique*, Flammarion, París, 2000.

- CHALMERS, A. F., *What is This Thing Called Science?*, University of Queensland Press, 2ª ed., 1982.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M./ ZAPATA HIJAR, J.C., *La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 9ª ed. 2001 y 8ª ed., 1999
- CHAPUS, R., *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, Dalloz 1966, chron. p. 99s. Ahora en R. CHAPUS, "L'administration et son juge", PUF, París, 1999, pp. 112ss.
- CHEVALLIER, J., *Vers un droit post-moderne?*, RDP 1998, pp. 673ss.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), "Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa", CGPJ, Madrid, 1999, pp. 15ss.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar*, en J. LEGUINA VILLA/M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), "Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 561ss.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *Medidas cautelares*, en "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998", REDA 100 (1999), pp. 863ss.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, RAP 131 (1993), pp. 178ss.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991.*
- CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processuale Civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Jovene, Nápoles, 1965.
- CHIOVENDA, G., *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, en "Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)", volumen I, Foro Italiano, Roma, 1930, pp. 271ss.
- CHITI, E., *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, CEDAM, Pádova, 2002.
- CHITI, M.P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milán, 1999. (existe traducción española de L. ORTEGA en Civitas, 2002)
- CHRISTIAN, P., (ed.), *Référé et droit communautaire*, Université Jean Moulin-Lyon 3, Lyon, 1999.

- CINI, M., *From soft law to hard law? : discretion and rule-making in the Commission's state aid regime*, EUI Working Papers, RSC 2000/35.
- CLAPHAM, A., *The European Union before the European Court of Human Rights*, en L. BOISSON DE CHAZOURNES/C. ROMANO/R. MACKENZIE (eds.), "International Organizations and International Dispute Settlement. Trends and Prospects", Transnational publishers, Ardsley (NY), 2002, pp. 73ss.
- CLASSEN, C.-D., *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit : eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozessrecht*, Mohr, Tübingen, 1996.
- COHEN-JONATHAN, G., *De l'effet juridique des "mesures provisoires" dans certaines circonstances de l'efficacité du droit de recours individuel : à propos de l'arrêt Cruz Varas de la Cour EDH*, RUDH 3 (1991), pp. 205ss.
- COLLARD, C.-A., *Libertés Publiques*, Précis Dalloz, 7^a ed., París, 1989.
- Conclusiones del Seminario sobre la Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Santander, septiembre de 1996), RAP 141 (1996), pp. 429ss.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., *Las medidas cautelares*, en C. PICO LORENZO (dir.), "La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", CGPJ, Madrid, 1999, pp. 596ss.
- Consejo de Estado francés, *L'intérêt général [Rapport public 1999]*, Études et documents, 50, La documentation française, París, 1999.
- CONSTANTINESCO, J.-L., *Ideologie als determinierendes Element zur Bildung der Rechtskreise*, ZfRV 19 (1978), pp. 161ss.
- CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, Tomo I: *Introduction au droit comparé*, LGDJ, París, 1972.
- CORDERO TORRES, J.M., *La Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria del procedimiento contencioso-administrativo*, RAP 27 (1958), pp. 11ss.
- CORTADA ESTEVE, M., *El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa*, RVAP, 51 (1998), pp. 239ss.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ GIMENO SENDRA, V./ MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, Colex, Madrid, 1996.
- CRAIG, P., *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 4^a ed., 1999.
- CRAIG, P./ DE BÚRCA, G., *EU Law*, Oxford, 1998.

- COULON, J.-M./ FRISON-ROCHE, M.-A., *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque organisé le 5 décembre 1995 par le Tribunal de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1996.
- CURTIN, D., *Directives : The effectiveness of judicial protection of individual rights*, CMLR 27, pp. 709ss.
- CZERMAK, F., *Rechtserwägungen oder Interessenabwägung?*, DÖV 1966, pp. 49ss.
- DAVID, R. / JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 9^e ed. de 1988 [DAVID, R./ BRIERLEY, J.E.C., *Major Legal Systems in the World Today: an Introduction to Comparative Study of Law*, 3^a ed., Stevens and Sons, Londres, 1985].
- DEBARY, M., *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, Paris, 1960.
- DEBBASCH, Ch./ RICCI, J.-C., *Contentieux administratif*, 7^e ed., Dalloz, Paris, 1999.
- DEBBASCH, Ch., *Procédure contentieuse et procédure civile*, Paris, 1962.
- DE BÚRCA, G., *National Procedural Rules and Remedies: The Changing Approach of the Court of Justice*, en J. LONBAY/A. BIONDI (dirs.), "Remedies for Breach of EC Law", Wiley, Chichester, 1997, pp. 37 ss.
- DE CLERCK, H., *Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten*, NJW 61, pp 2233ss.
- DE CLERCK, H., *Einstweilige Anordnung im Verwaltungsgerichtsverfahren*, NJW 56, pp. 1337ss.
- DE CRUZ, P., *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish Publishing, Londres, 1995.
- DE CRUZ, P., *A Modern Approach to Comparative Law*, Kluwer, Deventer, 1993.
- DEGUERGUE, M., *Le droit entre relativisme et universalisme*, AJDA 2003, pp. 257ss.
- DEHOUSSE, R., *EPC and the Single Act : from soft law to hard law?*, EUI Working Papers, EPU 90/1.
- DE LA CRUZ FERRER, J., *Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa*, REDA 45 (1985), pp. 71ss.

- DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *Acto administrativo comunitario*, en L. PAREJO ALFONSO (y otros), "Manual de Derecho Administrativo Comunitario", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 193ss.
- DE LA SIERRA, S./ DOMÍNGUEZ GARCÍA, F., *The Treatment of European Law in the Study of Constitutional Law: Has an Effective Europeanisation of Constitutional Law Really Taken Place?*, en J. ZILLER (ed.), "L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la nouvelle Constitution européenne", L'Harmattan, Paris, en prensa.
- DE LA SIERRA, S., *La protection provisoire dans le contentieux administratif en Europe. Le statut constitutionnel des mesures provisoires et sa dérivation du droit à une protection juridique effective. Une approche comparée*, en F. SNYDER (ed.), "Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui?", Bruylant, Bruselas, 2003.
- DE LA SIERRA, S., *En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia*, REDA 116 (2002), pp. 557ss.
- DE LA SIERRA, S., *Estado Constitucional, comunidad cultural y espacio público en Europa. Una aproximación al ensayo de Peter Häberle "Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?"*, REDC 64 (2002), pp. 323ss.
- DE LA SIERRA, S. y otros, *Crónica sobre la Academia de Derecho Público Europeo, Spéos (Grecia), 3 a 21 de septiembre de 2001*, RAP 157 (2002), pp. 445ss.
- DE LA SIERRA, S., *Die Europäische Menschenrechtskonvention im innerstaatlichen Recht Spaniens*, Revista jurídica hispano-alemana, 2001, pp. 22ss.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Judicial review y justicia catalana*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- DE LORA, P., *Tras el rastro de la ponderación*, REDC 60 (2000), pp. 359ss.
- DEL VECCHIO, G., *Sull'idea di una scienza universale del diritto comparato*, Turin, 1909.
- DEMBOUR, M.-B., *Harmonization and the Construction of Europe: Variations away from a Musical Theme*, EUI Working Papers, LAW 96/4.
- DENOIX DE SAINT MARC, R., *Les notions de "préjudice difficilement réparable" et de "moyen sérieux"*, G. P., 1985, pp. 124ss.
- DE QUADROS, F., *A nova dimensão do direito administrativo. O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Almedina, Coimbra, 1999.
- DESGRANGES, E., *Essai sur la notion de voie de fait en Droit Administratif français*, Poitiers, 1937.
- DEVOLVÉ, P., *L'acte administratif*, Sirey, 1983.

- DÍAZ DELGADO, J./ ESCUIN PALOP, V., *La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la LPJDF*, RAP 117 (1988), pp. 193ss.
- DROBNIG, U./ REHBINDER, M. (eds.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1977.
- DUGRIP, O., *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, París, 1991.*
- DÜRIG, G., *Zeit und Rechtsgleichheit*, en "Festschrift Tübinger Juristenfakultät", 1977, pp. 21ss.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*. Las citas del presente trabajo lo son a la cuarta reimpresión (1999) de la traducción española de su obra *Taking Rights Seriously* (1977), publicada en Ariel con el título *Los derechos en serio* (1984).
- EHRMANN, H.W., *Comparative Legal Cultures*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1976.
- EICHHORN, E., *Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß*, tesis presentada en la Universidad de Würzburg, 1960.
- EISENMANN, Ch., *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif français*, RDP, 1972, pp. 1345ss.
- EISSEN, M.-A., *Les mesures provisoires dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, RDH 1969, pp. 252ss.
- ELMS, E., *Le Conseil d'Etat 1879-1914*, en Rapport Public du Conseil d'Etat 1993, EDCE, Documentation Française, París, 1994, pp. 429ss.
- ERICHSEN, H.-U., *Die einstweilige Anordnung*, en C. STARCK (ed.), "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz", Festgabe BVerfG, 1976, vol. I, pp. 170ss.
- ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 2ª ed., 1964 (3ª ed. de 1974).
- ESTELLA DE NORIEGA, A., *A Dissident Voice: The Spanish Constitutional Case Law on European Integration*, EPL 1999, pp. 269 ss.
- EWER, V., *Zur Bedeutung der Beurteilung der objektiven Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung bei der Entscheidung über einen Sofortvollzugsantrag nach § 80a Abs. 1 und Abs. 3 VwGO*, SchlHanz. 1992, parte A, p. 201.
- FABRI, M./ LANGBROEK, P.M. (eds.), *The Challenge of Change for Judicial Systems. Developing a Public Administration Perspective*, IOS Press, Amsterdam, 2000.

- FAIRÉN, V. *Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo*, en "Temas del ordenamiento procesal", II, Madrid, 1969, pp. 825ss.
- FAVOREU, L., *Le juge administratif, a-t-il un statut constitutionnel?*, en "Études offertes à Jean-Marie Auby", Dalloz, París, 1992, pp. 111ss.
- FELICES LAGO, A., *Revisión crítica de la enseñanza de los tecnolactos empresariales en España*, Lebende Sprachen, 2/2000, pp. 75ss.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, RAP 120 (1989), pp. 277 ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 3ªed., 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (La ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés)*, REDA 91 (1996), pp. 385ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, REDI 1998 (1), pp. 33ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1996.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 2 (1999), pp. 154ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998.
- FÉVRIER, J.-M., *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, L'Harmattan, París, 2000.*
- FINKELNBURG, K. / JANK, K.P., *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, Munich, 4ª ed., 1998.*
- FINKELNBURG, K./ ORTLOFF, K.-M., *Öffentliches Baurecht*, C.H. Beck, Munich, 1998.

- FLAUSS, J.F., *Rapport français*, en "Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß (Administrative Law under the influence of European Law)", Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 31ss. [especialmente, pp. 31 y 113].
- FLYNN, B., *Subsidiarity and the rise of "soft law" in EU environmental policy : beyond who does what, to what it is they actually do?*, Colchester, Universidad de Essex, 1997.
- FONSECA, I.C.M., *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2002.*
- FONT I LLOVET, T., *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, REDA 34 (1982), pp. 477ss.
- FORSTHOFF, E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Beck, Munich, 1973.
- FOUBERT, P., Comentario a la sentencia T. Port, *The Columbia Journal of European Law*, 1997, pp. 125ss.
- FOUQUET, O., *Le sursis à exécution en matière fiscale*, Gazette du Palais, 1987, doct. 462.
- FREEDLAND, M./SCIARRA, S., *Public Services and Citizenship in European Law: Public and Labour Law Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- FRIEDMAN, W., *La nueva estructura del Derecho Internacional*, México, 1967.
- FRIER, P.-L., *L'urgence*, LGDJ, París, 1987.*
- FROMONT, M., *La justice administrative française se rapproche de la justice administrative allemande*, en "Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz", C.H. Beck, Munich, 2000, pp. 173ss.
- FROMONT, M., *Grands systèmes de droit étrangers*, Dalloz, París, 3ª ed., 1998.
- FROMONT, M., *La justice administrative en Europe. Convergences*, en "Mélanges Chapus", Montchrestien, París, 1992, pp. 197ss.
- FUERTES, M., *Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*, RAP 157 (2002), pp. 57ss.
- GABOLDE, C., *Aménager le sursis à exécution*, D.A. 1993, n. 2.
- GALLEGU ANABITARTE, A., *Formación y enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000). Un ensayo crítico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001 (4ª reimpresión de la tercera edición).

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas cautelares recurridas en casación. Una reflexión rectificativa*, RAP 153 (2000), pp. 281ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo xx. Una visión histórica y comparatista*, RAP 152 (2000), pp. 93ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, RAP 151 (2000), pp. 251ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, vol. I, 9ª ed., 1999/vol. II, 6ª ed., 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Introducción al Comentario a la LJCA de 1998*, REDA 100 (1998), pp. 17ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision). A propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto Antonissen)*, RAP 142 (1997), pp. 225ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, en REDA 89 (1996), hoy en su libro "Democracia, jueces y control de la Administración", Civitas, Madrid, 4ª ed., 1998, pp. 217ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Sobre la reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: una réplica*, Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), junio de 1996 [ahora en "Democracia, jueces y control de la Administración", Civitas, Madrid, 1998, pp. 263ss.].
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Sobre la situación de la justicia administrativa y sobre su reforma (réquiem por un proyecto de ley)*, Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), diciembre de 1995 [ahora en el libro "Democracia, jueces y control de la Administración", Civitas, Madrid, 1998, pp. 255ss.].
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1995.*

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989.
- GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1998.
- GAUDEMET, Y., *L'exportation du droit administratif français. Breves remarques en forme de paradoxe*, en "Mélanges Philippe Ardant", LGDJ, París, 1999, pp. 431ss.
- GAUDEMET, Y., *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, París, 1972.
- GEBHART, R., *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts*, 1965.
- GEORGE, A./ MACHADO, P./ ZILLER, J. (eds), *Law and Public Management: Network Management - Part I. Droit et gestion publique: la gestion des réseaux - la partie*; EUI Working Papers, LAW 2001/13, Florencia, 2001.
- GIANNINI, M.S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bolonia, 1986 [traducción al castellano con el título *El poder público: Estados y Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1991].
- GIANNINI, M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1981.
- GIANNINI, M.S., *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1970. Existe traducción española de Luis Ortega (INAP, Madrid, 1991).
- GIL IBÁÑEZ, A., *The administrative supervision and enforcement of EC Law*, Hart, Portland (Oregon), 1999.
- GIL IBÁÑEZ, A., *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, Madrid, 1998.
- GIL IBÁÑEZ, J.L., *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Una visión práctica*, Colex, Madrid, 2001.
- GIMENO SENDRA, V./ MORENO GALENA, V./ ALMAGRO NOSETE, J./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal*, tomo I, volumen II, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.
- GLENDON, M.A./ GORDON, M.W./ OSAKWE, C., *Comparative Legal Traditions: Text, Materials, and Cases on the Civil and Common Law Traditions, with Special Reference to French, German, English and European Law*, 2ª ed., West Publishing Company, St. Paul, 1994.

- GLENN, H.P., *Legal Traditions of the World. Sustainable diversity in law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- GOERLICH, H., *Konsentierter Einzelrichter an Verwaltungsgerichten auch im Eilverfahren?*, NVwZ 1991, pp. 541ss.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Apariencia de buen derecho y suspensión en vía contenciosa de actos de carácter tributario*, en "Libro Homenaje a Jesús González Pérez", Civitas, Madrid, 1993, vol. II, pp. 1153ss.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*, REDA, 33 (1982), pp. 183ss.
- GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Elcano, 2ª ed., 2000.
- GONOD, P., *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, LGDJ, París, 1997.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los EEUU*, Mc Graw-Hill, Aravaca, 1996.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La aplicación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre prueba en el proceso administrativo*, REDA 111 (2001), pp. 333ss.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.
- GONZÁLEZ SALINAS, P., *El retorno de la suspensión de la ejecución de la sanción no firme y la necesidad de resolver sobre la petición de suspensión*, REDA 92 (1996), pp. 641ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Medidas cautelares y jurisdicción contencioso-administrativa*, Revista de Derecho Procesal, n. 1-3 (2001), pp. 199ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La problemática actual del Derecho Administrativo Europeo*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 1996 (1-2), pp. 2ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La vía de hecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993.
- GRAVELLIER, G., *Les autres procédures d'urgence: référé fiscal, constat d'urgence*, Gazette du Palais, 1985, I, doctr. 314.
- GRAY, C., *Interim Measures of Protection in the European Court*, ELR 4 (1979), pp. 80ss.

- GROß, Th., *Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsprozeßrechtes*, Die Verwaltung 2001, pp. 371ss.
- GROß, Th., *Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union*, Die Verwaltung, 33/3 (2000), pp. 415ss.
- GUICHOT, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- GUILD, E./ LESIEUR, G., *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights. Who said what, when?*, Kluwer, Dordrecht, 1998.
- GUTTERIDGE, H.C., *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge University Press, Londres, 2ª ed., 1949.
- HÄBERLE, P., *Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Walter de Gruyter, 2000.
- HÄBERLE, P., *Zeit und Verfassungskultur. Zeit und Verfassungsstaat - kulturwissenschaftlich betrachtet*, en H. NÖTH (ed.), "Reflexionen über die Zeit. Öffentliche Vortragsreihe anlässlich des Milleniums", Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Munich, 2000, pp. 57ss.
- HÄBERLE, P., *Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates* (1989), en: HÄBERLE, P., "Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer", Duncker & Humblot, Berlin, 1992.
- HÄBERLE, P., *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, C.F. Müller, Heidelberg, 1983, pp. 67ss.
- HÄBERLE, P., *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Athenäum Verlag, Bad Homburg, 1970.
- HÄBERLE, P., "Fiskalische" Interessen als "Öffentliche" Interessen i.S. des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO?, DVBl 1967, pp. 220ss.
- HADAS-LEBEL, R., *L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique*, en "L'intérêt général [Rapport public 1999]", citado en esta bibliografía.
- HALL, J., *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge, 1963.
- HAMANN, A., *Der vorläufige Rechtsschutz in der praktischen Anwendung. Ausländerrecht*, en K. FINKELNBURG/ K.P. JANK, citado en la presente bibliografía, pp. 481ss.

- HAMANN, A., *Das Kollegialprinzip und der "Einzelrichter" nach der 4. Novelle zur VwGO*, VerwArch 83 (1992), pp. 201ss.
- HANICOTTE, R., *Les sursis à exécution: point névralgique de la protection de l'environnement*, RDP 6 (1995), pp. 1580ss.
- HANSON, N. R., *Patterns of Discovery*, Cambridge University Press, 1958.
- HARLOW, C., *Access to justice as a human right*, en P. ALSTON (ed.), "The EU and Human Rights", Oxford, 1998.
- HARLOW, C., *European Administrative Law and the global challenge*, en P. CRAIG/G. DE BÚRCA (eds.), "The Evolution of EU Law", Oxford University Press, Nueva York, 1999, pp. 261ss.
- HASSEMER, W., *Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 259-311, en D. SIMON (ed.), "Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz", Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994.
- HAUEISEN, F., *Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß*, NJW 53, pp. 1165ss.
- HAYWARD, J./ MENON, A., *Governing Europe*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2003.
- HEBERLEIN, H., *Grundfragen des Asyl- und Asylprozeßrechts*, Kongreß Universität Jena (1997), JUS, 1998, pp. 1117ss.
- HELFFERICH, G., *Die einstweilige Anordnung in der Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland*, 1962.
- HERRÁIZ SERRANO, O., *El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del référé-provision (Comentario al auto de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de febrero de 1998)*, REDA 102 (1999), pp. 265ss.
- HERRMANN, R., *Die einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozeß*, tesis presentada en la Universidad de Mainz, 1956.
- HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 20ª ed., 1995.
- HEYEN, E. V., *Kultur und Identität in der europäischen Verwaltungsrechtsvergleichung – mit Blick auf Frankreich und Schweden*, Walter de Gruyter, Berlin, 2000.
- HEYEN, E. V. (ed.), *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa. Stand und Probleme der Forschung*, , publicado en la colección "Ius Commune", del Instituto Max-

- Planck de Historia Europea (Frankfurt am Main), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1982.
- HIMSWORTH, C., *Things Fall Apart: the Harmonisation of Community Judicial Procedural Protection Revisited*, ELRev 22 (1997), pp. 291ss.
 - HIMSWORTH, C., *La tutela cautelar en los procedimientos de judicial review en el Reino Unido*, en J. BARNÉS (coord.), "La justicia administrativa en el Derecho Comparado", Civitas, Madrid, 1993, pp. 531ss.
 - HOSKINS, M., *Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*, ELRev 21 (1996), pp. 365ss.
 - HOWELLS, G.G., *Soft Law in EC Consumer Law*, en P. CRAIG/C. HARLOW, cit., pp. 310ss.
 - HUBAC, S./ ROBINEAU, Y., *Droit administratif: vues de l'intérieur*, Pouvoirs, 46 (1988), pp. 120ss.
 - HUBER, B., *Auswirkungen der Urteile des Bundesverfassungsgericht vom 14.5.1996 auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG*, NVwZ, 1997, pp. 1080ss.
 - HUBER, B., *Prozessuale Besonderheiten asylrechtlicher Eilverfahren auf Gestattung der Einreise*, NVwZ, 1994, pp. 138ss.
 - HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
 - HUERGO LORA, A., *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000.
 - HUFEN, F., *Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Munich, 3ª ed., 1998 [Existe una cuarta edición de 2000].
 - HUG, W., *The History of comparative Law*, HarvLR XLV (1931/32), pp. 1027ss.
 - HUSSERL, G., *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1955.
 - IPSEN, K., *Völkerrecht*, C.H. Beck, Munich, 3ª ed., 1990.
 - JACQUÉ, J.P./ WEILER, J.H.H., *On the Road to the European Union. A New Judicial Architecture: an Agenda for the Intergovernmental Conference*, CMLR 27 (1990), pp. 185ss.
 - JAMIN, C., *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès de droit comparé de Paris*, RIDC, 52 (2000), 4, pp. 733ss.

- JAMPY, E., *La Jurisdiction des Référés dans le Contentieux Administratif*, Toulouse, 1919.
- JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Tübingen, 1919 (1^a ed. en 1905).
- JESTAEDT, M., *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, DVBl 2001, pp. 1309ss.
- JORDANO FRAGA, J., *El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*, RAP 145 (1998), pp. 169ss.
- JORDANO FRAGA, J., *Obras públicas y Medio ambiente. La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*, Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo (Barcelona-Girona, septiembre 1996), Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 409ss.
- JULLIEN, F., *Traité de l'efficacité*, Grasset & Fasquelle, 1996.
- KADELBACH, S., *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.
- Kelsen, H., *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), Reclam, Stuttgart, 2000.
- KINDER-GEST, P., *Droit anglais. Institutions politiques et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1997, pp. 318ss.
- KIRCHHOF, P., *Verwalten und Zeit. Über gegenwartsbezogenes, rechtzeitiges und zögerliches Verwalten*, Hansischer Gildenverlag/Heitmann, Hamburgo, 1975.
- KIRSTE, S., *Rechtsschutz bei faktischer Vollziehung*, DÖV 10 (2001), pp. 397ss.
- KIRSTE, S., *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsrechts. Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- KLEIN, F., *Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der amerikanischen und britischen Besatzungszone sowie vor dem Bundesverfassungsgericht*, DVBl 50, pp. 200ss.
- KLOEPFER, M., *Verfassung und Zeit*, Der Staat 13 (1974), pp. 457ss.
- KNOLL, G., *Grundzüge eines europäischen Standards für den einstweiligen Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte: paradigmatische Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes in Deutschland, Frankreich und Vereinigtem Königreich sowie in der EMRK und der Europäischen Gemeinschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.*

- KOPP, F., *Zur Entscheidung des Vorsitzenden oder des Berichterstatters nach § 87a VwGO i.d.F. des 4. VwGO-Änderungsgesetzes*, NJW 1991, pp. 1264ss.
- KOTULLA, M., *Der Suspensieeffekt des § 80 Abs. 1 VwGO, ein Rechtsschutzzinstrument auf Abruf?*, Die Verwaltung, 33/4, 2000, pp. 521ss.
- KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, Mohr, Tübingen, 3^a ed., 1997.
- KRUMBACHER, F.N., *Vorläufiger Rechtsschutz vor nationalen Gerichten im Fällen mit Gemeinschaftsrechtsbezug*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
- KUHLA, W./ HÜTTENBRINK, J., *Endstation Einzelrichter. Kritische Betrachtung der Entwürfe von Bundesrat und Bundesregierung zur 6. VwGO-Novelle*, DVBl, 1996, pp. 717ss.
- KUHN, T.S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago University Press, Chicago, 1962 (la 2^a edición ampliada de 1970 es la que utilizo para las citas; existe una tercera edición de 1996, así como una traducción española de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 14^a ed., 2000).
- KUHN, T.S., *The Copernican Revolution. Planetary astronomy in the development of Western thought*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), 1957.
- LABAYLE, H., *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, RFDA 8 (1992), pp. 619ss.
- LA CHINA, S., *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza*, en AA.VV., "I processi speciali. Studi offerti a V. Andrioli dai Suoi allievi", Nápoles, 1979.
- LADEUR, K.-H., *Globalisation and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State*, EUI Working Papers, LAW 2003/4, Florencia, 2003.
- LADEUR, K.-H./ PRELLE, R., *Judicial Control of Administrative Procedural Mistakes in Germany: A Comparative European View of Environmental Impact Assessments*, en K.-H. LADEUR (dir.), "The Europeanisation of Administrative Law. Transforming national decision-making procedures", Ashgate, Aldershot, 2002, pp. 112ss.
- LADEUR, K.-H., *The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law: from the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships*, EUI Working Papers, LAW 1999/03, Florencia, 1999.
- LADEUR, K.-H., *The New European Agencies. The European Environmental Agency and Prospects for a European Network of Environmental Administrations*, EUI Working Papers, RSC 1996/50, Florencia, 1996.

- LADEUR, K.-H., *Post-Modern Constitutional Theory, A Prospect for the Self-Organizing Society*, EUI Working Papers, LAW 1995/06, Florencia, 1995.
- LADEUR, K.-H., *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung*, Duncker&Humblot, Berlín, 2ª ed., 1995.
- LADEUR, K.-H., *Abwägung - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Campus, Frankfurt am Main (entre otros), 1984.
- LAMBERT, E., *La fonction du droit civil comparé*, Giard, 1903.
- LANDO, O., *The worries of a comparatist*, en "D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Dennis Tallon", Société de législation comparée, París, 1999, pp. 139ss.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 2001.
- LASOK, K.P.E., *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, Butterworths, Londres, 1984. Existe una edición posterior, de 1994.
- LASVISGNES, S., *Convention européenne des droits de l'homme et sursis à exécution d'un permis de construire*, RFDA, 1993, pp. 791ss.
- LATOURNERIE, M.-A., *Les choix du législateur de 1995 en matière de sursis à exécution des décisions administratives*, RFDA 12 (1), enero-febrero 1996, pp. 31ss.
- LECOURT, R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruselas, 1976.
- LEGUINA VILLA, J./ SÁNCHEZ MORÓN, M./ ORTEGA ÁLVAREZ, L., *La polémica con el profesor García de Enterría*, Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), octubre de 1996.
- LEGUINA VILLA, J./ SÁNCHEZ MORÓN, M./ ORTEGA ÁLVAREZ, L., *¿Parón a la reforma de la justicia administrativa?*, Otrosí (Revista del Colegio de Abogados de Madrid), marzo-abril de 1996, pp. 6ss.
- LEHR, S., *Einstufiger Rechtsschutz und Europäische Union*, Springer, Berlín (y otros), 1997.*
- LEISNER, W., *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997.
- LEMASURIER, J., *Vers un nouveau principe général du Droit? Le principe des arrangements*, en AA.VV., "Mélanges offerts à M. Waline. Le juge et le Droit Public, II", LGDJ, París, 1974.

- LEMKE, M., *Vorläufiger Rechtsschutz im verfassungsgerichtlichen Verfahren des Bundes und der Länder*, 1972.
- LEPAGE, C./ HUGLO, Ch., *Code de Justice Administrative*, Litec, París, 2001.
- LÓPEZ MEDEL, J., *La Elaboración Parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano, 2001.
- LÓPEZ MENUDO, F., *Medidas cautelares, interdictos y vías de hecho*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa", CGPJ, Madrid, 1999, pp. 109ss.
- LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.
- LORENZ, H.F., *Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 IV GG für das Verwaltungsprozessrecht*, en H.-U. ERICHSEN, "System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag", Heymann, Colonia, 1985.
- LÖWER, W., *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, en ISENSEE/P. KIRCHHOF (eds.), "Handbuch des Staatsrechts", 1987, vol. II, pp. 843ss.
- LÖWER, W., *Die Änderung und Aufhebung verwaltungsgerichtlicher Beschlüsse im Aussetzungsverfahren*, DVBl 1964, pp. 254ss.
- LÜBBE-WOLFF, G., *Das Asylgrundrecht nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14.5.1996*, DVBl, 1996, pp. 825ss.
- MAAßEN, H.-G., *Folgerung aus den Asylurteilen des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996 zur Herkunftstaaten- und zur Flughafenregelung*, ZAR (Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik), 1997, pp. 9ss.
- MABAKA, P. M., *Les relations entre la Convention Européenne des Droits de l'Homme et le droit administratif français en matière d'accès à la justice*, EPLR, vol. 13, n° 1, pp. 333ss.
- MACDONALD, R. St. J., *Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights*, ZaöRV, 52 (1992), pp. 703ss.
- MAHER, I., *National Courts as European Community Courts*, LS 14 (1994), pp. 226ss.
- MALARET, E., *Le droit administratif espagnol entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire*, en G. MARCOU (Dir.), "Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences", L'Harmattan, París, 1995.
- MARCOU, G. (ed.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences*, L'Harmattan, París, 1995.

- MARKUS, J-P., *Sursis à exécution et intérêt général*, AJDA, abril 1996, pp. 251ss.
- MARTIN, R., *Wie lange noch Rechtslosigkeit durch Versagung einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren?*, NJW 56, pp. 1706ss.
- MARTIN, R., *Einstweilige Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren*, NJW 56, pp. 90ss.
- MARTÍN DE HIJAS, V., *Las medidas cautelares*, en "La nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", CGPJ, Madrid, 1998
- MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho ambiental*, Trivium, Madrid, 2ª ed., 1998.
- MARTÍN DELGADO, I., *Imposición de una multa a un Estado Miembro por inejecución de una sentencia de incumplimiento: sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de julio de 2000*, REDA 109 (2001), pp. 101ss.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)*, en el Libro Homenaje a D. Sebastián Martín-Retortillo, Cívitas, Madrid, 2003, pp. 611ss.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, Aranzadi, Elcano, 8ª ed., 2002.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 556 (2002), pp. 5ss.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Ley del Suelo y Juicio Interdictal (Los interdictos contra la Administración por obras municipales o amparadas en autorizaciones municipales)*, en "Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", Cívitas, Madrid, 1996, pp. 4527ss.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Jueces y responsabilidad del Estado. El art. 121 de la Constitución*, CEC, Madrid, 1983.
- MARTÍN REBOLLO, L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La Europa de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1998.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Contra el recurso de amparo*, en "Materiales para una Constitución", Akal, Madrid, 1984, pp. 193ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, RAP 100-102 (1983), vol. II, pp. 1083ss.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.
- MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, C., *Suspensión de los actos administrativos por los tribunales de lo contencioso*, Montecorvo, Madrid, 1963.*
- MARTÍN SÁNCHEZ, C.J., *Las medidas cautelares y el medio ambiente*, Aranzadi Administrativo, Boletín Mensual, nº 24, febrero 2001, pp. 1ss.
- MASSERA, A., *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, en S. CASSESE y otros, "El desenvolupament del dret administratiu europeu", Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1993, pp. 55ss.
- MATTHEWS, D., *The role of soft law in the evolution of rules for a single European market : the case of retailing*, NIESR, Londres, 1994.
- MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11ª ed., C.H. Beck, 1997 [Hay una edición de 2002, la 14ª].
- MAYER, P., *Droit international privé*, Montchrestien, París, 4ª ed., 1991.
- MEHDI, R., *Le contentieux administratif*, en AA.VV., *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées...* (citado en la presente bibliografía), pp. 143ss.
- MEDHI, R., Comentario a la sentencia *Krüger*, *Journal de droit international*, 1998, pp. 484ss.
- MEDHI, R., *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire: l'exemple français*, Tesis, Universidad de Rennes, 1995.
- MEHDE, V., *Regeln und Prinzipien im Recht der Staats- und Verwaltungsorganisation*, Die Verwaltung 2001, pp. 93ss.
- MENGGOZZI, P., *Derecho comunitario y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000.
- MESTRE, J.-L., *Les fondements historiques du droit administratif français*, EDCE 34 (1982-1983), pp. 63ss.
- MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La Suspensión Cautelar en el Recurso de Amparo. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Elcano, 2001.
- MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- MORAND-DEVILLER, J., *Le droit de l'environnement*, Que sais-je?, PUF, 1987.

- MOREU CARBONELL, E., *El examen en el nuevo sistema educativo español: régimen jurídico de los exámenes académicos*, Comares, Granada, 2003.
- MORLOT-DEHAN, C., *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, Petites Affiches, 176 (2000), pp. 4ss.
- MOROTE SARRIÓN, J.V., *La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo*, REDA 94 (1997), pp. 307ss.
- MORVIDUCCI, C., *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1999, pp. 705ss.
- MÜLLER-HEIDELBERG, K., *Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, NJW 49, pp. 814ss.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Reserva y control jurisdiccional de la Administración*, en S. MARTÍN-RETORTILLO (coord.), "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría", Civitas, Madrid, 1991, Tomo III, pp. 2741ss.
- NABAL RECIO, A., *Reflexiones para un sistema de lo contencioso-administrativo*, REDA 94 (1997), pp. 221ss.
- NAUMANN, R., *Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß*, en "Gedächtnisschrift W. Jellinek", Munich, 1955, pp. 391ss.
- NIETO, A., *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense el 12 de marzo de 2001, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2001.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Madrid, 2000.
- NIETO, A., *La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, en "Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría", Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185ss.
- NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986.
- NIETO, A., *Prólogo a Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, RAP, 100 (1983).
- NIETO, A., *La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo*, RAP 76 (1975), pp. 9ss.
- NIETO, A., *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, RAP 57 (1968), pp. 9ss.

- NORD, Ch., *Einführung in das funktionale Übersetzen*, Francke Verlag, Tübingen y Basel, 1993.
- NORD, Ch., *Übersetzungshandwerk – Übersetzungskunst. Was bringt die Translationstheorie für das literarische Übersetzen?*, Lebende Sprachen, Nr. 2/88, pp. 51ss.
- NORGAARD, C.A./ KRÜGER, H.C., *Interim and Conservatory Measures under the European System of Protection of Human Rights*, en M. NOWAK/ D. STEURER/ H. TRETTER (eds.), "Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte. Progress in the Spirit of Human Rights: Festschrift für Felix Ermacora", Kehl am Rhein, 1988, pp. 109ss.
- NOTTAGE, L., *Convergence, divergence, and the middle way in unifying or harmonising private law*, EUI Working Papers, LAW 2001/1.
- OHLER, Ch./ WEIß, W., *Comentario a la sentencia T. Port*, NJW, 1997, pp. 2221ss.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (y otros), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2000 [hay edición de 2002].
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., *La concepción subjetiva del Derecho Administrativo tras la Constitución Española de 1978*, Bomarzo, Albacete, 1989.
- ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.
- OSORIO ACOSTA, E., *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- OSSENBÜHL, F., *Abwägung im Verfassungsrecht*, DVBl 1995, pp. 904ss.
- OSWALD, D., *Die einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, DÖV 56, pp. 236ss.
- PACHE, E., *Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozeß*, NVwZ 12 (2001), pp. 1342ss.
- PARADA, R., *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- PARADA, R., *Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, RAP 59 (1969), pp. 41ss.
- PARADA, R., *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, RAP 55 (1968), pp. 65ss.
- PAREJO ALFONSO, L. (y otros), *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

- PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
- PASTOR BORGONÓN, B. / VAN GINDERACHTER, E., *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993.*
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2001.
- PEERS, S., Comentario a la sentencia *T. Port*, ELRev, 1998 p. 146ss.
- PESTALOZZA, C., *Verfassungsprozessrecht*, 3ª ed., 1991, pp. 242ss.
- PIMONT, Y./ EUDE, C., *Le nouveau sursis de paiement*, JCP 1985, I, nº 3202.
- PLIAKOS, A., *Le principe général de la procédure juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Sakkoulas/Bruylant, Atenas/Bruselas, 1997.
- PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PONTTHOREAU, M.-C., *Réflexion sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français*, RDP, 1994, pp.747ss.
- PÖYHÖNEN, J., *An introduction to Finnish law*, Kauppakaari, Helsinki, 2ª ed., 2002.
- PRECHAL, S., *Directives in European Community Law: A Study on EC Directives and their Enforcement by National Courts*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, Cuadernos de Derecho Público, 11 (2000), pp. 9ss.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992.
- PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, París, 4ª ed., 2001.

- *Procès-verbaux des séances et documents, Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, 1905-1907, 2 vol.
- QUARITSCH, H., *Die einstueilige Anordnung im Verwaltungsverfahren*, VerwArch 51 (1960), pp. 210ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *El tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *The Access to Justice in Spain*, EPLR, vol. 13, nº 1, pp. 585ss.
- RAMBECK, H., *Die einstueilige Anordnung im Verwaltungsverfahren*, NJW 61, pp. 1333ss.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, Bosch, 1978.
- RASMUSSEN, H., *On law and policy in the European Court of Justice : a comparative study in judicial policymaking* [Kluwer, Dordrecht, 1986].
- RENNER, G., *Asylfolgeantrag/vorläufiger Rechtsschutz/Zulassungsverfahren*, NJ, 2000, pp. 165ss.
- REQUENA LÓPEZ, T., *Sobre una tendencia (iuspublicista) « minimalista » del poder de la Administración*, « Revista Andaluza de Administración Pública », nº 32 (1997), p. 11s.
- REQUERO IBÁÑEZ, J.L., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, como supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Principales cuestiones que suscita*, en M. AYUSO RUIZ DE TOLEDO (dir.), "Puntos críticos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado", CGPJ, Madrid, 2000, pp. 123ss.
- REUSCHER, F., *Zur Frage der aufschiebenden Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten*, DVBl 53, pp. 428ss.
- RIALS, S., *Le juge administratif et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Paris, 1980.
- RICOEUR, P., *Interprétation et/ou argumentation*, en "Le juste", Éditions Esprit, Paris, 1995, pp. 163ss.
- RITLENG, D., *Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires*, AJDA 1999, pp. 645ss.
- RIVERO, J., *Vers un droit européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, en M. CAPPELLETTI (dir.), *New perspectives for a Common Law of Europe*, Publications del Instituto Universitario Europeo, Vol. 1, Florencia 1978, pp. 389ss.

- ROBERT, J., *Libertés Publiques et Droits de l'Homme*, Montchrestien, París, 1988.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo* (1986-87), REDA 64 (1989), pp. 639ss.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid, 1986.*
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., *La tutela cautelar en el Derecho comunitario*, en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS / D.J. LINÁN NOGUERAS (eds.), "El Derecho comunitario y su aplicación judicial", Civitas, Madrid, 1993, pp. 633ss.
- RODRÍGUEZ-POLLEDO Y VÁZQUEZ DE PRADA, R., *La suspensión como medida cautelar en los procesos contencioso-administrativos. Principios: el principio de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). Una valoración provisional, como base de una medida provisional*, REDA 82 (1994), pp. 311ss.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999.*
- ROFES I PUJOL, M.I., Comentario a la sentencia T. Port, Poder Judicial, 45 (1997), pp. 576ss.
- ROHMEYER, H., *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozess und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967.*
- ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- ROSENNE, S., *The time factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, 1960.
- RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993.
- RUCKDÄSCHEL, O., *Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß*, DÖV 61, pp. 675ss.
- RUFFERT, M., *Rights and remedies in European Community Law : A comparative view*, CMLR 34 (1997), pp. 307ss.
- RUIZ PIÑEIRO, F.L., *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Aranzadi, Elcano, 2001.*

- RUIZ RISUEÑO, F., *El proceso contencioso-administrativo* (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), Madrid, Colex, 1998.
- SÁINZ MORENO, F., *La vía interdictal como medida cautelar contra las obras que se ejecutan con infracción manifiesta de las normas urbanísticas* (Sentencia de la AP de Madrid de 12 de noviembre de 1974), REDA 13 (1977), pp. 268ss.
- SÁINZ MORENO, F., *Sobre el interés público y la legalidad administrativa*, RAP 82 (1977), pp. 443ss.
- SÁINZ MORENO, F., *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, REDA 8 (1976), pp. 63ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el s. XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *La Sentencia UPA (C-50/2000), los particulares y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia*, Revista Española de Derecho Europeo, 3 (2002), pp. 531ss.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa*, REDA 114 (2002), pp. 233ss.
- SCHENKE, W.-R., *Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG*, JZ 43 (1988), pp. 317ss.
- SCHLINK, B., *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.
- SCHMIDT, J., *Der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf das Verwaltungsprozessrecht*, Verwaltungs-Archiv 92 (2001), pp. 443ss.
- SCHMIDT-ASMANN, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlin, 1998.
- SCHMITT GLAESER, W. / HORN, H.-D., *Verwaltungsprozessrecht*, 15ª ed., Boorberg, Stuttgart (et alt.), 2000, pp. 161ss.
- SCHOCH, F., *Einstweilige Anordnung*, en P. BADURA/H. DREIER (eds.), "Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht", tomo I (*Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassungsprozess*), Mohr Siebeck, 2001, pp. 695ss.
- SCHOCH, F., *Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts*, en E. SCHMIDT-ASMANN/ W. HOFFMANN-RIEM (dirs.), "Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts", Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 39ss.

- SCHOCH, F., *Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes*, DVBl, 1997, pp. 289ss.
- SCHOCH, F., *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, v. Decker, Heidelberg, 1988.*
- SCHÜTZE, B., *Vorläufiger Rechtsschutz im Folgeantragsverfahren, insbesondere, wenn keine neue Abschiebungsandrohung erlassen wird (§ 71 Abs. 1 AsylVfG)*, Kongress: *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden-Württemberg*, 1994, VBlBW, 1995, pp. 346ss.
- SCHWAIGER, P.N., *Le référé dans la procédure de la Cour de Justice des trois Communautés européennes*, Tesis de la Universidad de Montpellier, 1965.
- SCHWARTZ, R., *L'étendue du contrôle de cassation sur la notion de "moyen sérieux" en matière de sursis à exécution*, RFDA 10 (1), 1994, pp. 43ss.
- SCHWARZE, J., *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der EG*, Nomos, Baden-Baden, 1988.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Teoría general de las medidas cautelares*, en M. SERRA DOMÍNGUEZ/F. RAMOS MÉNDEZ, "Las medidas cautelares en el proceso civil", Barcelona, 1974.
- SEVILLA MERINO, I., *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, Civitas, Madrid, 1992.
- SHARPSTON, E., *Interim Relief in the National Courts*, en J. LONBAY/A. BIONDI (eds.), "Remedies for Breach of EC Law", Wiley, Chichester, 1997.
- SHARPSTON, E., *Interim and Substantive Relief in Claims under Community Law*, Butterworths, Londres, 1992.*
- SHAW, M.N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 4ª ed., 1997.
- SHELTON, D., *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.
- SIMON, D. (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994.
- SLAUGHTER, A.-M./ STONE SWEET, A./ WEILER, J.H.H. (eds.), *The European Court of Justice and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998.
- SLUSNY, M., *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, en *Revue belge de droit international*, 1967-1, pp. 127ss.* Pese a no ser una monografía, este estudio es un clásico en la tutela cautelar comunitaria.

- SMETS, I./ WINAND, P., *À la recherche d'un modèle européen de représentation des intérêts*, en P. MAGNETTE/E. REMACLE (eds.), *Le nouveau modèle européen*, Institut d'Etudes Européennes, Bruselas, 2000, pp. 139ss.
- SNYDER, F., *Soft law and institutional practice in the European Community*, en S. MARTIN (ed.), "The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël", Kluwer, Dordrecht, 1994.
- SOMMERMAN, K.-P., *Der vorläufiger Rechtsschutz zwischen europäischer Anpassung und staatlicher Verschlenkung - Zur Zukunft des Grundsatzes der aufschiebenden Wirkung*, en K. GRUPP/ M. RONELLENFITSCH (dirs.), "Festschrift für Willi Blumel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999", Berlin, 1998, pp. 523ss.
- SOSA WAGNER, F., *La construcción del Estado y del Derecho Administrativo. Ideario jurídico-político de Posada Herrera*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001.
- SPIESS, K., *Re-assessing soft law : the OSCE documents in the human dimension*, Tesis del Instituto Universitario Europeo, Florencia, 2000.
- STOLZE, R., *Übersetzungstheorien. Eine Einführung*, Narr Verlag, Tübingen, 3ªed., 2001.
- STOLZE, R., *Die Fachübersetzung. Eine Einführung*, Narr Verlag, Tübingen, 1999.
- STORME, M., *Le droit judiciaire: e diversitate unitas?*, Justices, nº 7 (1997), pp. 69ss.
- STOVE, D., *Scientific Irrationalism. Origins of a Postmodern Cult*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2001.
- STREINZ, R., *Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, VVDStRL 61 (2002), pp. 300ss.
- SUAY RINCÓN, J., *La suspensión de la expropiación: el *fumus boni iuris* como criterio determinante para la adopción de la medida cautelar*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica 251 (1991), pp. 659ss.
- SZYSZCZAK, E., *Making Europe more relevant to its citizens : Effective judicial process*, ELRev (21) 1996, pp. 351ss.
- TEMPLE LANG, J., *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, ELRev 22 (1997), pp. 3ss.
- TEMPLE LANG, J., *Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty*, CMLR 27 (1990), pp. 645ss.
- TEMPLE LANG, J., *The powers of the Commission to order interim measures in competition cases*, CMLR 18 (1981), pp. 49ss.

- TERNEYRE, P., *L'émergence d'un recours contentieux du troisième type*, ADL, 1992, pp. 82ss.
- TERRÉ, F., *Les méthodes de recherche sociologique en droit comparé*, en "Études de droit contemporain, Nouvelle série (VIIIe Congrès international de droit comparé, Pescara, 1970)", París, 1970.
- TESAURO, G., *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and the National Courts*, en "Festschrift til Ole Due, Liber Amicorum", G.E.C. Gads Forlag, Copenhague, 1994, pp. 355ss.
- TEUBNER, G., *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, *The Modern Law Review*, 61, pp. 11ss.
- TIZZANO, A., *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, en "I processi speciali", Nápoles, 1979.
- TOMMASEO, F., *I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Pádova, 1983.
- TORNOS MAS, J., *La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público: extranjería, materia tributaria, función pública*, en M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), "Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa", CGPJ, Madrid, 1999, pp. 213ss.
- TORNOS MAS, J., *La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, *Revista de Catalunya*, 4 (1996), pp. 71ss.
- TORNOS MAS, J., *Derecho a la enseñanza en la lengua materna y medidas cautelares positivas (Comentario al Auto del TSJ Cataluña de 17 dic 1993)*, REDA 81 (1994), pp. 121ss.
- TORNOS MAS, J., *Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial*, REDA 61 (1989), pp. 119ss.
- TOURDIAS, M., *Le référé fiscal [commentaires de l'article 97 de la loi du 28 décembre 1959]*, JCP 1960, I, n° 1577.
- TOURDIAS, M., *Le sursis à exécution des décisions administratives*, LGDJ, París, 1957.
- TRAYER, J.M. / NOGUERA DE LA MUELA, B., *Los jóvenes investigadores y la "Revista de Administración Pública"*, RAP 150 (1999), pp. 577ss.
- TRUCHET, D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, París, 1977.
- TSIKLITIRAS, S., *Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif*, RDP 3 (1992), pp. 679ss.

- TÜTTENBERG, H.P., *Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren*, 1968.
- ULE, C.-H., *Einstweilige Anordnungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren*, en "Festschrift für Theodor Maunz", 1981, pp. 395ss.
- ULE, C.-H., *Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Mohr, Tübingen, 1950.
- USHER, J., *The influence of national concepts on decisions of the European Court*, ELRev, 1976, pp. 359ss.
- VANDERMEEREN, R., *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, AJDA 9 (2000), pp. 706ss.
- VANDERSANDEN, G./ BARAV, A., *Contentieux Communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1977.
- VAN GERVEN, W., *The Role and Structure of the European Judiciary*, ELRev 21 (1996), pp. 211ss.
- VAN GERVEN, W., *Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies*, CMLR 32 (1995), pp. 679ss.
- VECINA CIFUENTES, J., *La trascendencia del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración de los procesos administrativo y constitucional. (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993)*, Revista de Derecho Procesal, 1995 (1), pp. 259ss.
- VECINA CIFUENTES, J., *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 1993.
- VEDEL, G./ DEVOLVÉ, P., *Droit administratif*, PUF, París, la primera edición es de 1958. Interesa, en concreto, el conocido prefacio a la séptima edición.
- VEDEL, G., *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, n° 8, pp. 21ss.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., *El proceso cautelar del ordenamiento jurídico europeo: el *référé* comunitario*, Revista del Poder Judicial 45 (1997), pp. 305ss.
- VON UNRUH, G.-C., *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat. Probleme und Entwicklung*, Maximilian, Herford, 1984.
- WARD, A., *Judicial review and the rights of private parties in EC law*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

- WEIß, W., *Gibt es einen Rechtswidrigkeitszusammenhang in der Verwaltungsvollstreckung?*, DÖV 7 (2001), pp. 275ss.
- WIESELER, W., *Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967.*
- WILFINGER, P., *Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes im Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention: Konkretisierungsansätze zur Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*, Frankfurt am Main, 1993.
- WIMMER, N., *Der Einfluß des Europarechts auf vorläufige Rechtsschutzverfahren vor deutschen Verwaltungsgerichten*, en K. FINKELNBURG/K.P. JANK, citado en esta bibliografía, pp. 601ss.
- WINKLER, G., *Zeit und Recht. Kritische Anmerkungen zur Zeitgebundenheit des Rechts und des Rechtsdenkens*, Springer, Viena, 1995.
- WOLFF, G., *Les magistrats*, RDP, 1991, pp. 1641ss.
- WÜRTEMBERGER, Th., *Verwaltungsprozeßrecht*, C.H. Beck, Munich, 1998.
- WÜRTEMBERGER, Th., *Zeiteinst und Recht*, Mohr, Tübingen, 2ª ed., 1991.
- ZERDICK, Th. (dir.), *Die juristische Zusammenarbeit zwischen Frankreich, Spanien und Deutschland: die europäischen Konventionen*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- ZILLER, J., *Procedimento amministrativo in Francia: fra semplificazione e partecipazione*, en M.A. SANDULLI (Coord.), "Il procedimento amministrativo in Europa. Atti del Convegno di Milano", Giuffrè, Milán, 2000, pp. 79ss.
- ZILLER, J., *Yearbook of European Law, Comentario a J. BELL (y otros), Principles of French Law* (citado en la presente bibliografía), 18 (1998), pp. 733ss.
- ZILLER, J., *Administrations Comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, Montchrestien, Paris, 1993.
- ZOJER, H., *Der Interkulturalität auf der Spur. Folgt der Interkulturellen Kommunikation und der Interkulturellen Germanistik nun die Interkulturelle Übersetzung?*, Lebende Sprachen, Nr. 2/2001, pp. 49ss.
- ZUCK, R., *Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2ª ed., 1988, pp. 353ss.
- ZWEIGERT, K. / KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Mohr, Tübingen, 3ª ed., 1996.

- *La formation des magistrats*, publicaciones del Consejo de Europa, 1997 [versión inglesa: *The training of judges and prosecutors*].

ENGLISH SUMMARY

The adoption of interim measures in judicial proceedings has in recent times been the subject of numerous and detailed studies. The increasing attention given to this area has generally been provoked by two circumstances. First, time in general, and procedural time in particular, have accelerated to a significant degree. Accordingly, these aspects of "time" have required the establishment of adequate instruments which respond to this acceleration. Second, the case law of the European Court of Justice on interim measures has generated reactions in national scholarship, jurisprudence and legislation.

The responses to both questions in the various European legal orders differ, even though there is a common concern about the situation mentioned above. However, this implies a need to analyse whether or not those divergent solutions are equivalent. Moreover, the reactions towards the case law of the European Court of Justice have varied depending on the national context. This shows that the level of interim protection also varies in different legal orders. Finally, these disparities justify the need of comparing different models of interim relief in Europe, especially the model developed by the European Court of Justice and the models existing in the national legal orders. Other systems, such as the law produced by the Council of Europe, are also taken into consideration.

The thesis has endeavoured to contribute to the development of European Administrative Law by means of identifying some principles applicable to a European model of interim relief. The starting point is the case law of the European Court of Justice in preliminary rulings on interim relief. The deficiencies that have been singled out could be overcome thanks to a comparative study of the law of the Member States. Due to the fact that this research is mainly comparative in its approach, a chapter has been devoted to methodological issues. Three national models have been studied,

namely: the Spanish, the French and German legal orders. For each of these countries, the general constitutional and legal framework is presented as a preliminary matter. More specific questions, such as the nature, the procedure and the criteria necessary to secure interim measures (urgency and the existence of a *prima facie* case) are then treated with detail in independent chapters. Finally, the balancing of the interests of the parties (both as between themselves and in relation to the broader interests of society), which constitutes the common axis of modern interim relief in the cases studied, completes this piece of work and links the practical issue of interim relief with more general questions pertaining to the theory of law and political philosophy.

.



